

كَنْزُ الدَّقَائِقِ

لِلْإِمَامِ أَبِي الْبَرَكَاتِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ النَّسْفِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى
الْمُتَوَفَّى ٧١٠ هـ

مَعَ سِرِّهِ النِّفَاسِ

لِلْإِسْتَاذِ الْمَسَاحِقِ الشَّيخِ صَوْدَانَ مُحَمَّدٍ أَعَزَّ اللَّهُ عَالِي رَحْمَةِ اللَّهِ تَعَالَى

الْمُتَوَفَّى ١٢٧٤ هـ

اعْتَنَى بِإِضْرَافِهِ

نَعِيمٌ أَشْرَفَ نُورِ أَحْمَدَ

الْحَبَّ الشَّامِي

من منشورات

الإسلاميات
الطبعة الأولى: ١٩٧٧

١٩٧٧ - ١٤٠١ هـ - ١٩٨٠ م - بيروت - لبنان

كَبَرُ الدَّقَائِقِ

لِلْإِمَامِ أَبِي الْبَرَكَاتِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ النَّسْفِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى
الْمُتَوَفَّى ٧١٠ هـ

مَعَ شَرْحِهِ النَّفِيسِ

رُتَّبَتَاذِ الْمَشَافِيحِ لِسَيِّدِ تَوْلَانَا مُحَمَّدٍ أَعَزَّ رَأْسُهُ اللَّهُ تَعَالَى

اعْتَنَى بِإِضْرَافِهِ

نَعِيمِ أَشْرَفِ نُورِ أَحْمَدَ

الْجُزْءُ الثَّانِي

من منشورات

إِدَارَةُ الْقُرْآنِ وَالْعُلُومِ الْإِسْلَامِيَّةِ

٤٣٧- دى كاردن ايسٽ ڪمائنٽي، پاڪستان

جميع حقوق الطبع محفوظة لإدارة القرآن والعلوم الإسلامية علماً بأن هذه النسخة مسجلة لدى الجهات القانونية لا يجوز إعادة طبع هذه النسخة بأية صورة أو وسيلة إلكترونية كانت أو التسجيل أو خلافه بدون إذن كتابي مسبق من الناشر

الإسلام، القرآن والعالم من الإسلام

المركز الرئيسي: ٤٣٧ دي كاردين إيست لسيله كراتشي ٧٤٥٥٠ باكستان
الهاتف: ٧٢١٦٣٨٨ فاكس: ٧٢٢٣٦٨٨ ٠٠٩٢٢١

فرع أول: امردود بانامر، ايماء جناح مروود كراتشي تلفون: ٢٦٢٩١٥٧
فرع ثاني: H 8/1 إستريت 3 مقابل الشفاء إترنيتل هاسبتل، إسلام آباد

أشرف على طباعته بيروت: **فهيئة النشر**

الطبعة الأولى ١٤٢٤ هـ ٢٠٠٤ م
الصف والتصميم: بإدارة القرآن كراتشي
الطبع والإخراج: بيروت، لبنان.

ويطلب أيضاً من:

المكتبة الإمدادية باب العمرة مكة المكرمة. السعودية
مكتبة الإيمان السمانية، المدينة المنورة. السعودية
مكتبة الرشد الرياض. السعودية
إدارة إسلاميات انامر كلي لاهور. باكستان
دار الإساءة كراتشي

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب^(١) البيوع^(٢)

هو مبادلة المال بالمال بالتراضى^(٣)، ويلزم^(٤) أى يتمدد بإيجاب^(٥)

(١) قوله: "كتاب" مناسبة البيع بالوقف أن فى كل منهما إزالة الملك، ففى الوقف يزول الملك عن الواقف بعد حكم الحاكم من غير أن يدخل فى ملك الموقوف عليه، وفى البيع يزول الملك عن البائع، ويدخل فى ملك المشتري، فكان الوقف كالمفرد والبيع كالمركب من أن الوقف فيه زوال بلا دخول، والبيع فيه زوال ودخول، والمفرد سابق على المركب، فلذا أخر ذكر البيع عنه. (الشلبى)

(٢) قوله: "البيوع" البيع مصدر، فقد يراد به المفعول فيجمع باعتباره، كما يجمع المبيع، وقد يراد به المعنى، وهو الأصل، فجمعه باعتبار أنواعه، فإن البيع يكون سلفاً وهو بيع الدين بالعين، وقلبه وهو البيع المطلق وصرفاً وهو بيع الثمن بالثمن، ومقايضة وهو بيع العين، وبخيار ومنجزاً، ومؤجل الثمن، ومراوحة وتولية ووضعاً وغير ذلك. (الشلبى)

وقد صح عند أرباب السير أن النبى ﷺ اتجر لخديجة لكن قبل البعثة بخمسة عشر سنة، فإنه بعث على رأس الأربعين، وخرج تاجراً إلى الشام لخديجة لما بلغ خمساً وعشرين سنة قبل أن يتزوجها بشهرين وخمسة وعشرين يوماً، وكان أبو بكر تاجراً فى البز، وعمر فى الطعام، وعثمان فى البز والتمر، وعباس فى العطر، ومن هنا قال أصحابنا: أفضل الكسب بعد الجهاد التجارة، ثم الزراعة، ثم الصناعة، وعندى أن أفضلها الكتابة. (الشرح)

(٣) قوله: "بالتراضى" هذا التقييد غير مناسب؛ لأنه إن كان المراد تعريف مطلق البيع فهو غير جامع لخروج بيع المكره، وهو بيع وإن كان فاسداً، وإن أريد به تعريف البيع الصحيح فهو غير مانع لدخول أكثر البياعات الفاسدة فيه، لكن فى الفتح أن التراضى ليس جزء مفهوم البيع الشرعى، بل هو شرط ثبوت حكمه شرعاً، فاندفع الإشكال؛ لأنه ليس للاحتراز بل إشارة إلى حكم مستقل. (الكشف) ويمكن أن يجاب أن المراد تعريف البيع النافذ الصحيح، فلا يرد ما أورده. (محمد إعزاز على غفر له)

(٤) قوله: "يلزم" إن قلت: أن اللزوم ليس بلازم للإيجاب والقبول، إذ قد يوجدان بدون اللزوم، كما فى بيع الذى فيه خيار الشرط أو الرؤية، قلت: المراد باللزوم هو الانعقاد، وهو عبارة عن إنضمام كلام أحد المتعاقدين إلى الآخر على وجه يظهر أثره فى المحل شرعاً. (محمد إعزاز على غفر له)

(٥) وهو ما يذكر أولاً من كلام المتعاقدين؛ لأنه يثبت خير القبول للآخر.

وقبول^(١) وُضعا^(٢) للمضى، وبتعاط^(٣)، وأى^(٤) قام عن المجلس
 بعد إيجاب أحدهما فلا يبقى للآخر ولاية القبول بعده
 قبل القبول بطل الإيجاب، ولا بد^(٥) من معرفة^(٦) قدر
 لمصرى أو دمشقى وأى لا يشترط ذلك فى مشار إليه البيع بشد يهين وموجل بأجل معلوم
 ووصف ثمن غير مشار لا مشار، وصح^(٧) بثمان حال وبأجل

(١) وهو ما يذكر آخر من كلامهما أو ما يقوم مقامه من قبض المبيع، كما لو قال: بعثك هذا بدرهم فقبضه المشتري، ولم يقل شيئاً، والمعنى أنه ينعقد بجموع الإيجاب والقبول، ولا بد أن يكون أحدهما يدل على إيجاب، كأعطيتك وجعلت لك هذا، وللآخر على القبول، كأخذت ورضيت وأجزت، ويشترط سماع المتعاقدين كلامهما. (شرح النقاية)

(٢) قوله: "وضعا" وإنما شرط الماضى فيهما لأن البيع إنشاء تصرف، والإنشاء يعرف بالشرع؛ لأن الواضع لم يضع له لفظاً خاصاً، والشرع يستعمل فيه اللفظ الذى وضع للإخبار عن الماضى، لأنه يستدعى سبق المخبر عنه ليكون الكلام صحيحاً، فكان الماضى أولى من غيره على تحقيق الوجود، فكان أنسب بالإنشاء المحصل للوجود. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "وبتعاط" أى وينعقد أيضاً بمعاطاة وهى ههنا إعطاء البائع المبيع للمشتري على وجه البيع والتمليك، وإعطاء المشتري الثمن للبائع كذلك بلا إيجاب وقبول، أطلقه فشمّل ما إذا كان المبيع خسيساً وهو ما يكون قيمته دون نصاب السرقة، أو نفيساً وهو ما يكون قيمته مثل نصابها أو أكثر، وبه قال الخراسانيون، وقال الكرخى والعراقيون: ينعقد به فى الخسيس للعادة دون النفيس لعدمها. وأجيب بأن جواز أصل البيع إنما هو باعتبار الرضا من الجانبين إلا أن الرضا لما كان باطنياً أقيم الإيجاب والقبول مقامه لدلالتهما عليه، والتعاطى أدل عليه منهما؛ لأنهما قد يوجدان بغير رضاهما، أو أحدهما. (الشرح)

(٤) قوله: "وأى [أى واحد من المتعاقدين]" معناه إذا وجب أحدهما البيع، ثم قام أحدهما الموجب أو الآخر قبل القبول بطل الإيجاب لأن القيام دليل الإعراض للقبول. (عز) والرجوع والرجوع للموجب. (عز)، فيبطل به كسائر عقود المبادلة بخلاف الخلع والعتق على مال حيث لا يبطل بقيام الزوج والمولى؛ لأنه يمين من جهتها، والقبول شرط والأيمان لا تبطل بالقيام. (الزيلعى)

(٥) قوله: "ولا بد" أى لا يصح البيع إلا بمعرفة قدر المبيع والثمن، ووصف الثمن إذا كان كل منهما غير مشار إليه، فغير محتاج إليهما؛ لأن التسليم والتسلم واجب بالعقد، فهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة، فيمتنع التسليم والتسلم، وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز. (البحر)

(٦) أى قدر مبيع وثمن، أشار إلى أن الشرط العلم دون ذكرهما.

(٧) قوله: "وصح" أى ويصح البيع بثمان حال، وهو الأصل، وموجل بأجل معلوم، لإطلاق قوله تعالى: وأجل البيع، ولما فى البخارى عن عائشة من أنه ﷺ اشترى طعاماً من يهودى إلى أجل

أى ومؤجل بأجل معلوم فى بلد العقد لا بلد المتعاقدين قيمة وتساوت رواجاً للإفضاء إلى المنازعة

معلوم ومطلقة^(١) على النقد الغالب، وإن اختلف النقود، فسد

إن لم يبين أحدها، ويُبَاع^(٢) الطعام كيلاً وجزافاً وبِإِنَاء^(٣) أى من حيث الكيل أى ويُبَاع أيضاً بِإِنَاء بعينه

أو حجر بعينه لم يُدر قدره، ومن^(٤) باع صبرة كل صاع^(٥) بالضم: ما جمع من الطعام بلا كيل أو وزن

ورهنه درعاً له من حديد، وفى لفظ "الصحيحين" طعاماً نسيئة، ولقوله عليه السلام: «من أسلف فى ثمر فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»، وعلى ذلك انعقد الإجماع. (شرح النقاية)

(١) قوله: "ومطلقة أى يكون مطلقاً عن قيد البلد وعن قيد وصف الثمن بعد أن قد سمي قدره" أى ومطلق الثمن وهو الذى لم يقيد فى صلب العقد، أو فى المجلس بوصف، ولا ينعقد بلد نحو عشرة دراهم، يحمل على الأرواح، أى أغلب ما يتعامل به فى تلك البلد، سواء استوت مالية النقود أو اختلفت؛ لأن ما غلب التعامل به معلوم بالعرف، والمعلوم بالعرف كالمعلوم بالنص. (شرح النقاية)

(٢) قوله: "ويُبَاع" أى يجوز بيع الطعام كيلاً كان البيع أو جزافاً - وهو بثالث الجيم والضم أشهر، وهو المبيع بالحدس أو بالظن بلا كيل ولا وزن، وهو فارسي معرب، كزاف بالكاف العجمية - إذا باعه بخلاف جنسه، قال عليه الصلاة والسلام: إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم، رواه الستة إلا البخارى (محمد إعزاز على غفر له)

(٣) قوله: "وبِإِنَاء" أى إذا باع شيئاً بوزن حجر معين، أو بكل إناء معين، ولا يدرى وزنهما جاز البيع؛ لأن هذه الجهالة لا تفضى إلى المنازعة؛ لأن البيع يوجب التسليم فى الحال، وهلاكه قبل التسليم نادر، وبه اندفع ما رواه الحسن من عدم الجواز للجهالة، وما فى الكتاب هو الأصح، ولا يرد عليه السلم؛ لأنه لا يجوز لما سيأتى فإنه لا بد من معرفة مقدار المسلم فيه؛ لأن التسليم لا يكون فيه بعد حلول الأجل، والهلاك قبله غير نادر، واحتمال الفساد فيه ملحق بحقيقته، ومطلقه وهو مقيد بما إذا لم يحتمل الحجر التفتت الإناء النقصان، كأن يكون من خشب أو حديد، فإن أحملهما لم يجز كالزنبيل والغرائز. (محمد إعزاز على غفر له)

(٤) قوله: "ومن" أى إذا باع أحد صبرة طعام، وقال: كل صاع من هذه الصبرة أبيعه بدرهم واحد مثلاً، صح البيع فى صاع واحد، ويتوقف فى الباقي، وله الخيار لتفرق الصفقة، وكذا إذا كيل فى المجلس، أو سمي جملة القفزان؛ لأنه علم بذلك الآن، فله الخيار، كما إذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع.

وقالا: يجوز فى الكل؛ لأن إزالة الجهالة بيدهما، وله أنه تعذر الصرف إلى الكل لجهالة المبيع والثمن، أما جهالة المبيع فلعدم بيان مقدار الصيعان، وأما جهالة الثمن فلأن معرفة مقداره فى هذه المسألة بناء على معرفة مقدار المبيع، فيصرف إلى الأقل، وهو معلوم، إلا أن نزول الجهالة فى المجلس بتسمية الكل أو بكيله، والجهالة وإن كانت إزالتها بيدهما لكنها فى صلب العقد، كما فى البيع بأى ثمن

البيع ^{واحد (س م)} بدرهم صح في صاع، ولو ^(١) باع ^(٢) ثلثة ^(٣) أو ثوباً كل ^{مشار إليه يضره والقطع}
^{راجع إلى الثلثة} شاة أو ذراع بدرهم فسد في الكل، ولو سمي ^(٤) الكل ^{راجع إلى الثوب البيع وبه يفتى (د س م)}
^{البيع} صح في الكل، فلو ^(٥) نقص ^(٦) كيل ^(٧) أخذ بحصته أو فسخ، ^{أى فى المسائل الثلاث}
^{الكيل فى ما ذكرنا أى فالزائد للبائع وقد كان لم يقل: كل ذراع بكذا الموجود} وإن زاد فللبائع، ولو ^(٨) نقص ^(٩) ذراع أخذ بكل الثمن أو ترك، ^{إن شاء}
 شاء، فإنهما فاسدان لذا بالإتفاق مع أن إزالتهما بيدهما . (محمد إعزاز على غفر له والكشف)

(٥) بدل من صبرة، أى باع كل صاع من صبرة بدرهم . . . إلخ .

(١) قوله: "ولو" أى إذا باع أحد ثلثة، وقال: أبيع هذه الثلثة وكل شاة بدرهم مثلاً، أو قال: أبيع هذا الثوب كله وكل ذراع بدرهم مثلاً، فسد البيع فى الكل، وقالوا: يجوز فى الكل أيضاً لما تقدم، وله أن يتصرف إلى واحد لما قلنا إلا أن يبيع شاة من قطيع أو ذراع من ثوب لا يجوز، للفتاوت المفضى إلى المنازعة، بخلاف بيع قفيز من صبرة لعدم الفتاوت . (محمد إعزاز على غفر له والكشف)
 (٢) بفتح التاء المثناة وتشديد اللام: جماعة الغنم .

(٣) قوله: "ولو سمي" [بأن قال: مائة شاة مثلاً بمائة درهم بمائة ذراع بمائة] يعنى لو سمي جملة فى العقد جاز فى الكل فى الفصلين فى فصل الصبرة وفى فصل الشياه، ونحوه لزوال المانع، وكذا إذا سمي بعد العقد فى المجلس لما ذكرنا، وهو يتأتى على قوله، وعلى قولهما لا يتأتى لجوازه بدون . (الزيلعى)

(٤) متفرع على قوله وإن سمي الكل .

(٥) قوله: "فلو نقص" يعنى لو باع صبرة وسمى جملتها بأن قال: بعته على أنها مائة قفيز بمائة درهم، ثم وجدها ناقصة أخذ الموجود بحصته . . . إلخ؛ لأنها من المقدرات، فيتعلق العقد بقدرها، وإن لم يسم قسط كل قفيز، فإذا تعلق بقدرها فإن وجدها ناقصة فله الخيار، إن شاء أخذها بحصتها، وإن شاء تركها لتفرق الصفقة عليه، وإن وجدها زائدة، فالزائد للبائع؛ لأنه لم يدخل فى البيع إلا القدر المسمى، فبقى على ملكه إذ القدر ليس بوصف . (الزيلعى)

(٦) وقد كان قال: كل صاع بدرهم أو لم يقل .

(٧) قوله: "ولو" معناه إذا باع مذكوعاً وسمى جملة الذرعان، ولم يسم لكل ذراع ثمنًا، ثم وجده ناقصاً أخذه بكل الثمن، وإن شاء ترك إلى آخر ما ذكر؛ لأن الذراع وصف للمذكوع، فلا ينقسم الثمن على الأوصاف، فيكون كل الثمن مقابلاً بالعين كلها، بخلاف الأول غير أنه إن وجده ناقصاً يثبت له الخيار لفوات وصف مرغوب فيه مشروط فى العقد، وإن وجده زائداً فهو له بذلك الثمن؛ لأن الوصف لا يقابله شىء من الثمن، ولا خيار للبائع، كما إذا شرط معيناً فوجده سليماً وبالعكس، وهو

الذراع في ما ذكرنا أي فهو للمشتري
 وإن زاد فللمشتري، ولا خيار للبائع، ولو قال^(١): كل ذراع
 بالذراع في ما ذكرنا إن شاء
 بكذا ونقص، أخذ بحصته أو ترك، وإن زاد أخذ كله كل

من مائة ذراع
 ذراع بكذا أو فسخ، وفسد بيع عشرة أذرع من دار
 أي لا يفسد بيع عشرة أسهم من مائة سهم رجل بكسر العين: أي حملا من الثياب بعشرة دنانير، ولم يبين ثمن كل ثوب
 لا^(٢) أسهم، وإن اشترى^(٣) عدلا على أنه عشرة أثواب، فنقص،

ما إذا شرط سليما، فوجده معيبا للمشتري الخيار، وقد ذكر المشايخ في التفريق بين القدر وهو الأصل والوصف حدودا، فقيل: ما يتعيب بالتعيب والتشقيص، فالزيادة والنقصان فيه وصف، وما لا يتعيب بهما فالزيادة والنقصان فيه أصل، وقيل: الوصف بوجوه وتأثير في تقوم غيره ولعدمه تأثير في نقصان غيره، والأصل لا يكون بهذه المثابة، فبهذا علم أن القدر في المكيلات والموزونات أصل، والذرع في المذروعات وصف. (الزيلعي)

(٨) في ما إذا باع مذروعا وسمى جملة الذرعان.

(١) قوله: "ولو قال" معناه أنه إذا قال: بعته على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم مثلا، فوجده ناقصا، فهو بالخيار إن شاء أخذه بحصته وإن شاء تركه، وإن وجده زائداً أخذه كله كل ذراع بدرهم أو فسخ؛ لأن الذراع وإن كان وصفاً يصلح أن يكون أصلا. (البحر)
 ولأنه عين ينتفع به بانفراده، فإذا سمي لكل ذراع ثمناً جعل أصلا، وإلا فهو وصف، فإذا صار أصلا فإن وجده ناقصاً أخذه بحصته يثبت به الخيار لتفرق الصفقة عليه، وإن وجده زائداً فهو بالخيار أيضاً، إن شاء أخذه كله كل ذراع بدرهم، وإن شاء تركه؛ لأنه إن حصل له الزيادة في المبيع تلزمه الزيادة في الثمن، فكان فيه نفع يشوبه ضرر، فيخير، وليس له أن يأخذ القدر المسمى ويترك الزائد؛ لأن التعيب يضر البائع، بخلاف الصبرة؛ ألا ترى أنه لا يجوز أن يبيع بعض المذروع ابتداء في الصبرة يجوز؛ لأن ذلك معلوم، ولما كان الذراع يصلح أن يكون أصلا في حق انقسام الثمن على الذرعان وبقي وصفاً في حق غيره من الأحكام، كدخول الفاضل في المبيع وإن سمي لكل ذراع ثمناً. (الزيلعي)

(٢) قوله: "لا" أي لا يفسد بيع عشرة سهم من دار، وهذا مشكل، فإنه لو باع عشرة أسهم من دار وغيرها، ولم يقل من مائة سهم ونحوه يفسد؛ لأنه مجهول لا تعرف نسبته إلى جميع الدار، بخلاف ما إذا قال: عشرة أسهم من مائة سهم، أو من ثلاثين مثلاً حيث يجوز؛ لأنه معلوم عشرأ وثلاث، ولعل الشيخ قصد هذا، ولكن إحجافه في الاختصار أداه إليه، وقوله: وفسد بيع عشرة أذرع من دار هو قول أبي حنيفة رحمه الله، واختلف المشايخ على قولهما، فمنهم من قال: لا يجوز عندهما للجهالة بمنزلة ما لو اشترى سهماً منها أو عشرة أسهم منها، ولم يقل: من كذا سهماً، ومنهم من قال: يجوز؛ لأن هذه الجهالة يمكن رفعها بالذرع، فتعرف فلا تفضي إلى المنازعة، بخلاف ما لو اشترى سهماً منها، أو عشرة أسهم، إذ لا يمكن رفع الجهالة فيه.

ولو باع عشرة أذرع من مائة ذراع، فسد عنده، وعندهما يجوز إذا كانت الدار مائة ذراع؛ لأنه

سأى بقدر الموجود

المشتري في المسألة المذكورة

أو زاد فسد، ولو بين^(١) ثمن كل ثوب ونقص صح بقدره،
وخير وإن زاد فسد، ومن^(٢) اشترى ثوباً على أنه عشرة أذرع

عشرة فأشبهه عشرة أسهم من مائة سهم، وله أن الذراع اسم لآلة يذرع بها، واستعير لما يحله الذراع، وهو معين إلا مشاع، ثم لا يعلم محلة من أى الجوانب هو على المتعينين، فلا يجوز كما لو باع أحد العبدین، بخلاف إذا باع عشرة أسهم من مائة سهم؛ لأنه شائع، فلا يفضى إلى المنازعة. (الزيلعى)

(٣) قوله: "وإن اشترى" يعنى إذا اشتراه بعشرة دنانير مثلاً، ولم يبين ثمن كل ثوب، ثم إذا وجده ناقصاً أو زائداً فسد البيع لجهالة المبيع فى الزيادة؛ لأنه يحتاج إلى أن يرد الثوب الزائد، فيتنازعان فى المردود لجهالة الثمن فى فصل النقصان؛ لأنه يحتاج إلى أن يسقط حصة ثمن المعدوم، وهو مجهول فيؤدى إلى النزاع. (الزيلعى)

(١) قوله: "ولو بين" لأنه إذا قال: كل ثوب بكذا، فلا جهالة مع النقصان، ولكن للمشتري الخيار لتفرق الصفقة عليه، ولم يجز فى الزيادة؛ لأن جهالة المبيع لا ترتفع به لوقوع المنازعة فى تعيين العشرة المباعة من الأحد عشر. (البحر)

(٢) قوله: "ومن اشترى" معناه إذا اشترى ثوباً واحداً على أنه عشرة أذرع بدرهم، فإذا هو عشرة ونصف، أو تسعة ونصف، يأخذه فى الوجه الأول بعشرة من غير خيار، وفى الوجه الثانى يأخذه بتسعة إن شاء، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف: يأخذه فى الأول بأحد عشر، والثانى يأخذه بعشرة، ويخير فى الوجهين، وقال محمد رحمه الله: يأخذه فى الأول بعشرة ونصف، وفى الوجه الثانى بعشرة إلا نصفاً، ويخير فيهما؛ لأنه لما سمي لكل ذراع ثمننا على حدة التحق بالقدر، ومن ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة النصف بالنصف، كالمكيل، وإنما يخير لأنه فى الوجه الأول ازداد عليه الثمن بزيادة نصف ذراع، وفى الوجه الثانى انتقص الثوب عما شرط، فيخير كيلاً يتضرر.

ولأبى يوسف إنما لما قابل كل ذراع بدرهم، فإذا وجده ناقصاً لا يسقط شيء؛ لما ذكرنا أنه وصف، وتغير الأوصاف لا يوجب سقوط شيء من الثمن، ثم يخير فيهما؛ لأنه ازداد الثمن عليه فيما إذا وجده زائداً، وانتقص المبيع فى الآخر، فلم يتم رضاه به.

ولأبى حنيفة رحمه الله أن الذراع فيه وصف فى الأصل، وإنما أخذ حكم المقدار بالشرط، وهو مقيد بالذراع، ويكونه مقابلاً بالدرهم، فعند عدمها عاد الحكم إلى الأصل، ثم لا يخير فى فصل الزيادة؛ لأنه مخالفة إلى خير، وفى النقصان يخير لفوات الوصف المرغوب فيه.

قيل: هذا الاختلاف فى ثياب يضرها القطع، أو تتفاوت جوانبها كالعمائم والقمصان والأقبية، وأما الثياب التى لا تتفاوت جوانبها كالبطائن ونحوها فلا تسلم له الزيادة؛ لأنه إذا كان بهذه الصفة فهو بمنزلة المكيل والموزون، وعلى هذا يجوز بيع ذراع منه كبيع قفيز من صبرة، إذ لا يضره التبعض. (الزيلعى)

للمشتري

كل ذراع بدرهم أخذه بعشرة في عشرة ونصف^(١) بلا خيار،
 أى ويأخذه دراهم

وبتسعة في تسعة ونصف بخيار.

فى ما يدخل تحت البيع بلا ذكر فيما لا يدخل وغيرهما

فصل^(٢)

جمع مفتاح المتصلة بإغلاقها

يدخل^(٣) البناء والمفاتيح فى بيع الدار والشجر^(٤) فى بيع

راجع للمسائلتين

الأرض بلا ذكر، ولا^(٥) يدخل الزرع فى بيع الأرض

ولا يدخل

بلا تسمية، ولا الثمر^(٦) فى بيع الشجر إلا بالشرط، ويقال^(٧)

فى الصورتين

(١) أى فى كونه وجد عشرة أذرع ونصف ذراع، فيسلم له نصف الذراع مجاناً.

(٢) قوله: "فصل" لما ذكرنا قبل هذا ما ينعقد به البيع وما لا ينعقد مع لواحقهما شرع يبين فى هذا الفصل ما يدخل تحت البيع من غير ذكر، وما لا يدخل واستتبع ما يخرج بالاستثناء وغير ذلك. (الشلبى)

(٣) قوله: "يدخل" أى إذا اشترى أحد داراً ولم يذكر شراء بناءها أو مفاتيح إغلاقها فالبناء والمفاتيح يدخلان فى البيع، وإن لم يذكر المتعاقدان، أما الأول فلأن اسم الدار يتناول العرصة والبناء عرفاً، ولأنه متصل به اتصال قرار، فيكون تبعاً له.

فإن قلت: فعلى هذا يلزم أن لا يحث فى ما إذا حلف لا يدخل هذه الدار، فدخلها بعد هدم البناء على هذا التقدير، قلت: إنما يحث فيه لأن البناء وصف، والوصف فى المشار إليه لغو، فكأنه حلف على ترك الدخول فى هذا المكان، وأما الثانى فلأن الغلق يدخل بلا ذكر لتركبها فيها للبقاء، والمفتاح بمنزلة بعض منه؛ لأنه لا ينتفع به بدونه (محمد إعزاز على غفر له)

(٤) قوله: "والشجر" أى يدخل الشجر فى بيع الأرض لكونه متصلاً بها للقرار، فيدخل تبعاً، أطلقه فشمّل الشجرة المثمرة والصغيرة والكبيرة إلا اليابسة، فإنها على شرف القطع، فهى كالخشب الموضوع، والأصل أن ما كان فى الدار من البناء أو متصلاً بالبناء تبعاً لها فهو داخل فى بيعها، وقوله بلا ذكر يتعلق بقوله: يدخل فى المسألتين، أى بلا ذكر هذه الأشياء فى البيع. (العينى والبحر)

(٥) قوله: "ولا" لأنه متصل بالأرض للفصل فشابه المتاع الذى هو فيها، ولا يرد حمل المبيع لأن المراد فصل الأدمى، والحمل بفضل الله تعالى، ولأنه كالجزة للمجانسة بخلاف الذراع، أطلق فشمّل ما إذا نبت أولاً، اختاره فى "الهداية"؛ لأنه مودع فيها. (البحر)

(٦) قوله: "ولا الثمر" لقوله عليه الصلاة والسلام: «من اشترى أرضاً فيها نخل فالثمرة للبائع إلا

أى لو ما يدب

أى اقطع الزرع والثمرة المراد به الأرض والشجر (ف)

للبائع: اقطعها وسلم المبيع، ومن باع ثمرة، بدا^(١) صلاحها

أولاً، صح^{دم ف} (٢) البيع، ويقطعها^{جيراً} (٣) المشتري فى الحال، وإن شرط

أن يشترط المبتاع، رواه الإمام محمد فى شعبة "الأصل"، غريب بهذا اللفظ، وأخرجه الأئمة الستة بلفظ: ومن باع نخلاً مؤبّراً فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع؛ ولأنها متصلة للقطع فشابه الزرع. (الكشف)

(٧) قوله: "ويقال" لأن ملك المشتري مشغول بملك البائع، فعليه تفريغه، كما إذا كان فيه متاع، وقال الشافعى بتركه حتى يظهر صلاح التمر، ويستحصد الزرع. (الكشف)

(١) أى ظهر صلاحها وهو الأمن من الفساد عندنا، وظهور النضج والحلاوة عند الشافعى.

(٢) قوله: "صح" وإنما صح مطلقاً لأنه مال متقوم، أما لكونه متفعلاً فى الحال أو فى المال، وقيل: لا يجوز قبل بدو الصلاح، والأول أصح.

وقوله: ثمرة أى ظاهرة قيدنا به لأن بيعها قبل الظهور لا يصح اتفاقاً، وقبل بدو الصلاح بشرط القطع فى المنقطع به صحيح اتفاقاً، وقبل بدو الصلاح بعد الظهور بشرط الترك غير صحيح اتفاقاً، وبعد بدو الصلاح صحيح اتفاقاً، وبعد ما تناهت صحيح اتفاقاً إذا أطلق، وأما بشرط الترك ففيه اختلاف، فصار محل الخلاف البيع بعد الظهور قبل بدو الصلاح مطلقاً، أى لا بشرط القطع لا بشرط الترك، فعند الأئمة الثلاثة لا يجوز، وعندنا يجوز، وقد أخرج الأئمة الستة قوله عليه الصلاة والسلام: من اشترى نخلاً قد أبرت فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع، فلم يقيده ببدو الصلاح، وأما ما فى "الصحيحين": أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، وهم قد حركوا ظاهره حيث أجازوا البيع قبل بدو الصلاح بشرط القطع، فقد اتفقتنا على أنه متروك الظاهر بدليل تعليقه بقوله عليه الصلاة والسلام: أرأيت إن منع الله ثمره بم يستحل أحدكم مال أخيه، وذلك أنه علل عليه الصلاة والسلام النهى باحتمال فقد الثمرة المنافى لتسليم المبيع المحلل للثمن، وهذه المنافاة إنما تتحقق فيما إذا باعها صالحة قبل بدو الصلاح، أما إذا باعها ولم يشترط بدو الصلاح كما قلنا به، فلا منافاة؛ لأنه يسلمها للحال، ويقال للمشتري: اقطعهما فى الحال، وحينئذ لا يطرق لاحتمال المذكور، كما فى سائر البياعات.

وهذا يستلزم أن يكون معناه نهى عن بيعها صالحة قبل بدو الصلاح، وعلى هذا فكلمة حتى غاية البيع لا للنهى، فالنهى متوجه إلى البيع المغيا ببدو الصلاح، وهذا لا يكون إلا بشرط الترك إلى بدو الصلاح.

وكذا ما أخرجه أبو داود والترمذى وابن ماجه من أنه ﷺ نهى عن بيع العنب حتى يسود، ومعلوم أنه قبل السواد يكون حصرماً كزبرج التمر قبل النضج، فعلم منه على القطع أن معناه نهى عن بيع العنب عنباً قبل أن يصير عنباً، وهذا إنما يكون بشرط الترك إلى بدو الصلاح، ونحن نقول: بفساد هذا البيع فقد قضينا عهدة هذا النهى، وبقي بيعها مطلقاً غير متناول للنهى بوجه من الوجوه، بقى حديث التأبير سالمًا عن المعارض. (الكشف)

البيع؛ لأنه شرط يقتضيه العقد من الثمرة المبيعة
 تركها على النخل فسد، ولو استثنى منها أرطالا معلومة
 في ظاهر الرواية أى كما يصح بيع بر ف أى وكما يصح بيع باقلاء الأخضر إذا بيع مكابلة
 صح^(١)، كبيع^(٢) بر فى سنبله، وباقلاء فى قشره، وأجرة الكيل
 لأن التسليم واجب عليه
 على البائع، وأجرة نقد الثمن ووزنه على المشتري^(٣) ومن باع
 ف أى وإن لم يكن بيع سلعة بثمن
 سلعة بثمن سلمه^(٤) أولا، وإلا^(٥) معا.

(٣) وأجرة القطع على المشتري وتسليم الثمرة بالتخلية.

(١) قوله: "صح" أى لو استثنى من الثمار البيعة المجذوة، أو غير المجذوة جاز البيع؛ لأن ما جاز إيراد العقد عليه بانفراده صح استثناءه منه، وبيع قفيز من صبرة جائز، فكذا استثناءه، بخلاف استثناء الحمل من الجارية الحامل أو الشاة وأطراف الحيوان فإنه غير جائز، فكذا كما إذا باع هذه الشاة إلا إليها أو هذا العبد إلا يده. (البحر والزيلعى)

(٢) قوله: "كبيع" أى كما يجوز بيع البر فى سنبله، والباقي فى قشره خلافاً للشافعى، لنا أنه عليه الصلاة والسلام رواه الستة إلا البخارى: «نهى عن بيع السنبل حتى يبيض، ويأمن العاهة» - وحكم ما بعد الغاية يخالف ما قبلها، فاقضى الجواز بعد وجود الغاية - ولأنه حب متوقع به، فيجوز بيعه فى سنبله، كالشعير بجامع أنه مال متقوم. (الزيلعى والكشف)

(٣) قوله: "على المشتري" أما النقد فلأن الواجب على المشتري تسليم الجيد، هذا على رواية ابن سماعة عن محمد، وأما على رواية ابن رستم عنه فعلى البائع؛ لأن النقد يكون بعد التسليم، والبائع هو المحتاج إليه، يخير ما تعلق به حقه من غيره، أو ليعرف المغيب ليرده، وأما الوزن فلأنه هو المحتاج إلى التسليم. (الكشف)

(٤) قوله: "سلمه" أى سلم الثمن أولا؛ لأن العقد يقتضى المساواة، وحق المشتري قد تعين فى المبيع، فيسلم هو الثمن أولا ليتعين حق البائع فيه، كما تعين حقه فى المبيع، إذ الثمن لا يتعين إلا بالقبض، وصورة هذا أن يقال للبائع: أحضر المبيع ليعلم أنه قائم، فإذا أحضر قيل للمشتري: سلم الثمن أولا لما ذكرنا، وإن كان المبيع غائبا فللمشتري أن يمتنع من تسليم الثمن حتى يحضر البائع المبيع على مثال الرهن مع المرتهن. (الزيلعى)

(٥) قوله: "ولا" أى إن لم يكن سلعة بثمن سلماً معاً، لاستواءهما فى التعيين، أو فى عدم التعيين، وذلك لأنه إما بثمن أو سلعة بسلعة، فالأول كلاهما غير متعين، والثانى متعين. (الزيلعى)

من إضافة الشيء إلى سببه : لأن الشرط سبب للخيار

باب (١) خيار الشرط

ولو بعد العقد بالإجماع كليهما (ف ز) في مبيع كله أو بعضه من ثلاثة أيام
صح^(١) للمتبايعين، ولأحدهما ثلاثة أيام أو أقل، ولو^(٣)
أى لو شرط أكثر من ثلاثة أيام لا يجوز أى من له الخيار ذلك وتم العقد (ز و ف) شخص شيئاً
أكثر لا، فإذا^(٤) أجازا في الثلث^(٥) صح، ولو باع على

(١) قوله: "باب" البيع على نوعين لازم وغير لازم، ولما فرغ عن بيان اللازم شرع في بيان غير اللازم، وهو ما فيه خيار شرط أو رؤية أو عيب، ووجه تقديم خيار الشرط كونه أعم من غيره، فإنه يجرى في غير البيع أيضاً، كالإجارة والإبراء والكفالة (محمد إعزاز على غفر له)

(٢) قوله: "صح" أى جاز خيار الشرط لهما جملة، أو لأحدهما ثلاثة أيام فما دونه، والقياس أن لا يصح لما فيه من الغرر، والظاهر نهي عليه السلام عن بيع وشرط إلا أن النص ورد به، وهو ما رواه ابن ماجه في سننه ابن حبان - بفتح المهملة وتشديد الموحدة - بن منقذ بن عمرو كان رجلاً قد أصابته أمة - شجة تصيب أم الرس - فى رأسه فكسرت لسانه وكان لا يدع على ذلك التجارة، فكان لا يزال الغبن، فأتى النبي ﷺ فذكر له ذلك، فقال: إذا أنت بايعت فقل: لا خلافة - أى لا خداع منى فى العدول عن البيت إلى الخيار بل القصد إلى التردى - . (حاشية الكشف)

ثم أنت فى كل ساعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال، فإذا رضيت فأمسكها، فإن سخطت فأردها على صاحبها. (شرح النقاية مع تغير والزيلعى)

(٣) قوله: "ولو" أى لا يصح خيار الشرط أكثر من ثلاثة أيام، وهذا عند أبى حنيفة وهو قول زفر والشافعى، وقال مالك: مدة الخيار، ويمكن اختيار المبيع ومثله، ويختلف باختلاف الأشياء، فإن كان المبيع مما لا يبقى أكثر من يوم كالفاكهة لم يجز فيه أن يشترط أكثر من يوم، وإن كان فيه صفة لا يمكن الوقف عليها فى ثلاثة أيام يجوز أن يشترط فيه أكثر من ثلاثة أيام؛ لأنه شرع للحاجة إلى التأمل، وهى تندفع بذلك، وقال أبو يوسف ومحمد وأحمد: يصح وأكثر من ثلاثة أيام إذا كان مدة معلومة، كالتأجيل فى الثمن شراء طالت أو قصرت، ولحديث ابن عمر أنه أجاز الخيار إلى شهرين.

ولأبى حنيفة أن شرط الخيار يثبت بالحديث على خلاف القياس، فلا يزداد على المدة المذكورة فيه، وذلك أن التقدير الشرعى إما أن يمنع النقصان والزيادة، كما فى الحدود، أو يمنع أحدهما كأقل الحيض وأكثره، وهو هنا لا يمنع النقصان بالإجماع، فيمنع الزيادة وإلا لم يكن له فائدة؛ ولأنه ﷺ ضرب الثلث لمن كان فيه غاية ضعف المعرفة ولم يزد عليه. (شرح النقاية)

(٤) قوله: "إذا" أى البيع بشرط الخيار إذا كان أكثر من ثلاثة أيام يجوز، إن أجازته من له الخيار فى الثلاثة، وقال الشافعى وزفر: لا يجوز؛ لأن البيع انعقد فاسداً لفساد الشرط الثابت فيه، فلا ينقلب صحيحاً بإسقاطه، كما باع درهماً بدرهمين، ثم أسقط الدرهم الزائد، وكما لو نكح امرأة وتحتها أربع نسوة، ثم طلق الرابعة، ولأبى حنيفة أنه بإجازة فى الثلاثة أسقط المفسد قبل تقررهِ، فصار كما لو باع جذعاً فى سقف، ثم نزع وسلمه. (شرح النقاية)

أى المشتري ^{بيننا} ^{البيع استحساناً} أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع صح، وإلى أربعة^(١) لا^(٢)، فإن^(٣) نقد فى الثلث صح^(٤)، وخيار البائع يمنع^(٥) خروج المبيع عن ملكه، ويقبض^(٦) المشتري يهلك بالقيمة، وخيار المشتري لا يمنع^(٧) ولا يملكه^(٨)، وبقبضه^(٩) يهلك بالثمن ^{الباء سببية} ^{أى البذل ليتم للثانى (د ح س)} ^{المشتري} ^{يعنى يلزمه الثمن}

(٥) أى فى ثلاثة أيام بعد ما كان شرط أكثر منها .

(١) ولو باع على أنه إن لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام لا يصح البيع .

(٢) قوله: "لا" أى لا يصح يعنى عندهما، وقال محمد: يجوز إلى ما سميها، والأصل فيه أن هذا معنى اشتراط الخيار إذ الحاجة مست إلى الانفساخ عند عدم النقد تحرراً عن الماطلة فى الفسخ، فيكون ملحقاً به، فالإمام رحمه الله تعالى مرّ على أصله فى الملحق به، ونفى الزيادة على الثلاثة، وكذا محمد فى تجويز الزيادة، وأبو يوسف أخذ فى الأصل بالأثر، وفى هذا بالقياس، وفى هذه المسألة قياس آخر، وإليه مال زفر، وهو أنه بيع بشرط شرط وفيه قالة فاسدة لتعلقها بالشرط، واشتراط الصحيح منها فيه مفسد، فاشتراط الفاسد أولى، وجه الاستحسان ما بينا، كذا فى "الهداية"، وما ذكره من أن أبا يوسف مع الإمام قوله الأول، وقد رجع عنه، والذي رجع إليه أنه مع محمد، كذا فى "غاية البيان". (البحر)

(٣) تفريع على قوله: وإلى أربعة لا .

(٤) قوله: "صح" يعنى فيما إذا شرطاً أكثر من ثلاثة أيام، وإنما صح زوال المفسد. (الزيلعى)

(٥) قوله: "يمنع" لأن تمام هذا السبب بالرضا، فلا يتم مع الخيار، فينفذ عتق البائع، ولا يملك المشتري التصرف فيه، وإن قبضه بإذن البائع ودل كلامه على أن خيار المشتري يمنع خروج الثمن عن ملكه للعلة المذكورة، وأن الخيار إذا كان لهما لم يخرج المبيع عن ملك البائع ولا الثمن عن ملك المشتري. (البحر)

(٦) قوله: "ويقبض [المبيع الذى فى خيار البائع، إذا هلك فى يده فى مدة الخيار]" يعنى إذا قبضه المشتري وهلك فى يده فى مدة الخيار، فإن المشتري يضمن قيمته؛ لأن البيع يفسخ بالهلاك؛ لأنه كان موقوفاً، ولا نفاذ بدون المحل، وكان مقبوضاً فى يده على سوم الشراء وفيه القيمة، ولو هلك فى يد البائع انفسخ البيع، ولا شئ للبائع على المشتري، كما فى البيع الصحيح. (الزيلعى)

(٧) قوله: "لا يمنع" أى لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع، فيخرج عن ملكه للزومه من جهة من لا خيار له، فلو أعتقه البائع لم يصح إعتاقه، ولو كان البائع حلف، وقال: إن بعته فهو حر، فباعه بخيار للمشتري لم يعتق لخروجه عن ملكه، ولو باعه بخيار له عتق. (البحر)

كتعيبه^(١)، فلو^(٢) اشترى زوجته بالخيار بقى النكاح،
 أى زوجة التى كانت مملوكة الغير ^{البيع}
 فإن^(٣) وطئها له أن يردها، ولو أجاز من له الخيار بغيبة
 أى بموت من له الخيار، ولا ينتقل إلى الورثة من ك ف
 صاحبه^(٤) صح، ولو فسخ لا^(٥)، وتم^(٦) العقد بموته، وبمضى

(٨) قوله: "ولا يملكه" وهذا عند أبى حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: يملكه، وهو قول مالك وأحمد والشافعى؛ لأنه لو لم يملكه لكان خارجاً من ملك لا إلى مالك، ولم يعرف هذا بالشرع، ولأبى حنيفة أن الثمن لم يخرج عن ملك المشتري؛ لأن الخيار يعمل فى حق من هو له، فلو دخل المبيع فى ملكه لدخل بلا عوض، ولاجتمع فى ملكه العوض ومعوضه، ولم يعرف هذا فى الشرع، وعرف فيه الخروج عن ملك شخص لا إلى مالك فى صور منها ما إذا اشترى متولى أمر الكعبة عبداً لخدمتها، فإنه يخرج عن ملك مالكة، ولا يدخل فى ملك أحد، ومنها مال التركة إذا استغرقه الدين، فإنه يخرج عن ملك الميت، ولا يدخل فى ملك الورثة، ولا الغرماء، ومنها الوقف. (شرح النقاية)

(٩) قوله: "ويقبضه" أى إذا كان الخيار للمشتري، وقبض المبيع، وهلك فى يده، فإنه يهلك بشمته، بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع، والفرق أنه إذا دخله عيب يمتنع الرد والهالك لا يعرى عن مقدمة عيب، فيهلك، والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن بخلاف ما إذا كان للبائع؛ لأن دخول العيب لا يمتنع الرد حكماً بخيار البائع، فيهلك والعقد موقوف، وفى "السراج الوهاج": والفرق بين الثمن ما تراضى عليه المتعاقدان، سواء زاد على القيمة، أو نقص والقيمة ما قوم به الشيء بميزة المعيار من غير زيادة ولا نقصان. (البحر)

(١٠) قوله: "كتعيبه [أى كما يلزمه الثمن إذا دخله عيب لا يرتفع كقطع اليد، وإن كان يرفع كالمريض فهو على خياره، فإذا ارتفع فى المدة لا يلزمه وإلا لزمه. (العيني)]" يعنى إذا تعيب فى يد المشتري والخيار له، فإنه يلزمه الثمن؛ لأنه صار بذلك ممسكاً ببعضه، فلو رده كتفرقت الصفقة على البائع قبل الإتمام، وهذا لا يجوز فلزم البيع وسقط الخيار. (البحر)

(٢) قوله: "فلو" هذا مفرع على أنه لا يدخل فى ملك المشتري، فلذا لم يبطل النكاح قبل نفاذ البيع، وإذا سقط الخيار بطل للثنائي، وعندهما انفسخ لدخولها فى ملك الزوج، فإذا فسخ المشتري البيع رجعت إلى مولاها بلا نكاح عليها عندهما، وعنده تستمر زوجته، كذا فى "فتح القدير". (البحر)

(٣) قوله: "فإن" أى فإن وطئ المشتري الأمة المذكورة فله أن يردها إن شاء؛ لأن الوطء بحكم ملك النكاح لبقائه لا بحكم ملك اليمين لعدمه، وعندهما ليس له أن يردها مطلقاً، لما قدمناه أطلقه، وهو مفيد بما إذا لم تكن بكرًا، إذ لو كانت بكرًا، أو نقصها الوطء امتنع الرد، وظاهره أنه لو نقصها وهى يثيب، فالحكم كذلك، وقيد بزوجه لأنه لو اشترى غير زوجته بخيار له، فوطئها امتنع الرد مطلقاً، أى وإن لم ينقصها وسقط الخيار. (البحر بحذف)

(٤) وهو البائع إن كان الخيار للمشتري، والمشتري إن كان الخيار للبائع. (العيني)

أى مدة الخيار بأن أعتق العبد كالتدبير والكتابة

المدة والإعتاق، وتوابعه، والأخذ بشفعة، ولو شرط المشتري
 أى لغير العاقد الشرط من المشتري وبمن شرط له الخيار البيع
 الخيار لغيره^(١) صح^(٢)، وأيهما^(٣) أجاز أو نقض صح، فإن

(٥) قوله: "لا [أى لا يصح البيع بغيبة صاحبه] أى لا يصح فى غيبة صاحبه، وهذا عندهما، وقال أبو يوسف يجوز الفسخ أيضاً؛ لأنه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه، فلا يتوقف على علمه كالإجارة، ولهذا لا يشترط رضاه، فصار كالوكيل، ولهما أنه تصرف فى حق الغير، وهو العقد بالرفع، ولا يعرى عن المضرة؛ لأنه عساه يعتمد تمام البيع السابق، فيتصرف فيه، فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما إذا كان الخيار للبائع، أو لا يطلب السلعة مشترياً، فما إذا كان الخيار للمشتري، وهذا نوع ضرر، فيتوقف على علمه، وصار كعزل الوكيل، بخلاف الإجازة؛ لأنه لا إلزامه فيه.
 ولا يقال: أنه مسلط، وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ، ولا تسليط فى غير ما يملكه المسلط، والمراد بالغبية عدم علمه، وبالحضرة علمه، فلو فسخ فى غيبته فبلغه فى المدة تم الفسخ لحصول العلم به، ولو بلغه بعد مضى المدة، تم العقد بمضى المدة قبل الفسخ. (البحر بحذف)

(٦) قوله: "وتم أى تحصل الإجازة بواحد مما ذكر، وهو كلام موهم موقع فى الغلط، فإن فى بعضها يكون إجازة، سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري، وفى بعضها إنما يكون إجازة إذا كان من المشتري، وأما من البائع ففسخ، أما الموت فإنه يبطل لخيار الميت، سواء كان بائعاً أو مشترياً، ولا يورث عندنا كخيار الرؤية؛ لأنه ليس إلا مشيئة وإرادة، ولا يتصور انتقاله، والإرث فيما يقبل الانتقال لا فيما لا يقبله، كملك المنكوحه والعقود التى عقدها المورث لا تنقل، وإنما ملك الوارث الإقالة لا انتقال الملك إليه، ولذا ملكها المؤكل، وإن لم يكن عاقداً، ولا يرد عليها خيار العيب، فإنه موروث لكون المورث استحق المبيع سليماً، فكذا الوارث، ففى التحقيق المورث العين بصفة السلامة من العيوب، فأما فى نفس الخيار فلا يورث.

وأما مضى المدة فمبطل للخيار، سواء كان للبائع أو للمشتري إذ لم يثبت الخيار إلا فيها، فلا بقاء له بعدها، كالمخيرة فى وقت مقدر، وأما الإعتاق وتوابعه وهى التدبير والكتابة فإنما يتم به إذا كان الخيار للمشتري، وفعلها أما إذا كان للبائع وفعلها كان فسخاً.

وأما الأخذ بشفعة فصورته: أن يشتري داراً بشرط الخيار، ثم ابتاع داراً أخرى بجنبتها، فيأخذها المشتري الخيار بالشفعة؛ لأنه لا يكون إلا بالملك، فكان دليل الإجازة، فنضمن سقوط الخيار، ولو قال المؤلف: وطلب الشفعة بها الأخذ لكان أولى؛ لأن طلبها مسقط، وإن لم يأخذها وقيد بخيار الشرط؛ لأن طلبها لا يسقط خيار الرؤية والعيب. (البحر ملخصاً)

(١) قوله: "لغيره" ولو قال المصنف: ولو شرط أحد المتعاقدين الخيار لأجنبى صح لكان أولى ليشمل ما إذا كان الشارط البائع أو المشتري، وليخرج اشتراط أحدهما للآخر، فإن قوله لغيره صادق بالبائع، وليس بمراد قيد بخيار الشرط؛ لأن خيار العيب والرؤية لا يثبت لغير العاقدين. (البحر بحذف)

(٢) كأنه شرط الخيار لنفسه وجعل الغير نائباً عنه.

بما فعل لوجوده في زمان لا يبرأ حقه فيه غيره
أجاز أحدهما^(١) ونقض الآخر، فالأسبق أحق، وإن^(٢) كانا^(٣)

أخر فالفسخ أحق عن الإجازة شخص
معا فالفسخ، ولو^(٤) باع عبيدين على أنه بالخيار في أحدهما إن
العبد الذي فيه الخيار س البيع للمشتري د ف في القيمة لا في المثليات وهي الثلاثة أو الاثنان
فصل وعين صح وإلا لا^(٥)، وصح خيار التعيين^(٦) فيما دون

(٣) قوله: "وأيهما" أى أجاز المشتري أو من شرط به الخيار أو نقضه جاز لملك كل منهما كلا منهما. (الزيلعي والكشف)

(١) أى أحد الاثنين وما من شرط الخيار من المتعاقدين والغير هو الأجنبي.

(٢) قوله: "وإن" أى لو فسخ أحدهما وأجاز الآخر، وخرج الكلامان منهما معاً كان الفسخ أولى من الإجازة من أيهما كان؛ لأنه أقوى؛ لأن المجاز يلحقه الفسخ، والمفسوخ لا تلحقه الإجازة. (الزيلعي والكشف)

(٣) أى اللفظان المذكوران وهما الإجازة والفسخ.

(٤) قوله: "ولو" شروع في بيان ما إذا كان المبيع متعدداً، وحاصلها أنها باغية، فالصحة في واحدة وهو ما إذا فصل ثمن كل منهما وعين من فيه الخيار منهما؛ لأن المبيع معلوم، والثمن معلوم، وقبول العقد في الذي فيه اليسار، وإن كان شرطاً لانعقاده في الآخر، ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلاً للبيع، كما إذا جمع بين قن ومدير، والفساد في ثلاثة الأولى إذا لم يفصل الثمن، ولم يعين محل الخيار لجهالتهما، الثانية فصل ولم يعين محله لجهالة المبيع، والثالثة عين محله، ولم يفصل الثمن لجهالة الثمن، والأصل فيه أن الذي فيه الخيار، كالخارج عن العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم، فبقى الداخل فيه أحدهما، وهو غير معلوم، وإنما جاز البيع في القن إذا ضم إلى مدير، أو مكاتب أداء ولد وبيعاً صفقة، وإن لم يفصل الثمن على الأصح؛ لأن المانع من حكم العقد فيما نحن مقابرون للعقد لفظاً ومعنى، فأثر الفساد، وفيما ذكر المانع مقارن لا لفظاً لدخولهم في البيع حتى لو قضى به قاض يجوز لكن لم يثبت الحكم لحق محترم واجب الصيانة، فأثر الفساد، كذا في المعراج، وفي ضم أم الولد والمكاتب إلى المدير في جواز القضاء ببيعه نظر، فان الصحيح أن ينفذ في المدير فقط. (البحر)

(٥) أى وإن لم يعين ولم يفصل، أو عين فقط أو فصل لا يصح.

(٦) قوله: "خيار التعيين" وهو أن يبيع أحد العبيدين أو الثلاثة أو أحد الثوبين أو الثلاثة على أن يأخذ المشتري واحداً، والقياس الفساد كالأربعة لجهالة المبيع، وهو قول زفر، وجه الاستحسان أن الشرع أجاز للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأرفق والأوفق، والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة؛ لأنه يحتاج إلى اختيار من يثق به، أو اختيار من يشتريه لأجله، ولا يمكنه البائع من الحمل إليه إلا بالبيع، فكان في معنى ما ورد به الشرع، غير أن هذه تندفع بالثلاث لوجود الجيد والوسط والردئ فيها، والجهالة لا تفضي إلى المنازعة في الثلاثة لتعيين من له الخيار، وكذا في الأربعة إلا أن الحاجة إليها

الْأَرْبَعَةُ، وَلَوْ^(١) اشْتَرَى عَلَى أَنْهُمَا بِالْخِيَارِ، فَرَضِي أَحَدُهُمَا لَا يَرُدُّهُ الْآخَرُ، وَلَوْ اشْتَرَى عَبْدًا عَلَى أَنَّهُ خَبَازٌ أَوْ كَاتِبٌ، فَكَانَ إِنْ شَاءَ لِأَنَّ الْأَوْصَافَ لَا يُقَابَلُهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ بِخِلَافِهِ أَخْذُهُ بِكُلِّ الثَّمَنِ، أَوْ تَرْكُهُ^(٢).

غير متحققة، والرخصة ثبوتها لا الحاجة، وكون الجهالة موجودة غير مفضية إلى المنازعة، فلا يثبت بأحدهما.

وقيدوا صورة خيار التعيين بأن يقول: على أن تأخذ أيهما شئت؛ لأنه لو لم يذكر هذه الزيادة، وقال: بعثك هذين العبدين، فقليل يكون فاسداً لجهالة المبيع، ولم يذكر المصنف خيار الشرط مع خيار التعيين الاختلاف، فقليل يشترط أن يكون فيه خيار الشرط مع خيار التعيين، وقيل لا. (البحر)

(١) قوله: "ولو" يعني لو اشترى اثنان بشرط الخيار لهما، ليس لأحدهما أن يرد نصيبه إذا أجاز الآخر، وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: له أن يرده -وعز هذا الخلاف خيار الرؤية، وخيار العيب لهما أن إثبات الخيار لهما إثباته لكل واحد منهما؛ لأنه شرع لدفع الغبن، ولكل واحد منهما محتاج إلى دفعه عن نفسه، فلو بطل هذا بإبطال الآخر خياره لم يحصل مقصوداً، ويلحقه به ضرر.

وله: أن المشروط خيارهما لا خيار كل واحد منهما على انفراده، فلا ينفرد أحدهما بالرد، ولأن حق الرد يثبت لهما على وجه لا يتضرر به البائع، وفي رد أحدهما نصيبه إضرار بالبائع، إذ المبيع خرج عن ملكه غير متعيب بعيب الشركة، فلو رده أحدهما معيباً بها، إذ هي عيب في الأعيان، لكونه لا يتمكن من الانتفاع به إلا بطريق المهياة، وليس من ضرورة إثبات الخيار لهما الرضاء برد أحدهما لتصور اجتماعهما على الرد.

وقوله: يلحقه به ضرر، قلنا: هذا الضرر يلحقه من جهة نفسه لعجزه عن إيجاد شرط الرد، وهو مساعدة صاحبه إياه على الرد، والبائع يتضرر بتصرف الراد، فكانت رعاية جانب البائع أولى، ولا يقال: البائع رضى بالتعيب بالبيع لهما؛ لأننا نقول رضى بالتعيب في ملكهما لا في ملك نفسه، فلا يدل على الرضاء به في ملكه، ألا ترى أن المشتري لو زوج الأمة المشتراة، ثم وجد بها عيباً ليس أن يردها على البائع لحديث العيب عنده، وهو التزويج، وإن حصل بتسليطه ورضاه لما قلنا.

فإن قيل: هذا العيب حدث عند البائع قبل القبض، والعيب الحادث قبل القبض لا يمنع الرد، قلنا: هذا عيب حدث بفعل المشتري، وهو يمنع الرد، وإن حدث في يد البائع. (الزليعي)

باب (١) خيار الرؤية

أى صحيح (٢) وله (٣) أن يردده إذا رآه، وإن رضى
 أى قبل أن يراه (٤) ولا (٥) خيار لمن باع ما لم يره (ح و) خيار الرؤية (٦) بما يبطل به
 قبله (٤)؛

(٢) لأن فوات الوصف المرغوب يوجب التخيير؛ لأنه ما رضى عنه.

(١) قوله: "باب" قدمه على خيار العيب؛ لأنه يمنع تمام الحكم، وذلك يمنع لزوم الحكم وال لزوم بعد التمام، والإضافة من قبيل إضافة الشيء إلى شرطه؛ لأن الرؤية شرط ثبوت الخيار، وعدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية، ثم اعلم أن هذا الخيار يثبت للمشتري فى شراء الأعيان، ولا يثبت فى الديون كالمسلم فيه والأثمان. (البحر)

(٢) قوله: "جائز" لما رواه ابن أبى شيبة والبيهقى مرسلًا عن مكحول مرفوعًا من اشترى شيئًا لم يره فله الخيار، إذا رآه إن شاء أخذ وإن شاء تركه، وجهالته لعدم الرؤية لا تفضى إلى المنازعة؛ لأنه لو لم يوافقته يردده، فصار كجهالته الوصف المعائن المشار إليه. (البحر)

(٣) قوله: "وله [أى للمشتري]" أى للمشتري رده، وإن قال: رضى قبل العلم به؛ لأن الخيار معلق بالرؤية على ما روينا، فلا يثبت قبله، ولأن الرضا بالشيء قبل العلم بأوصافه لا يتحقق، فلا يعتبر قوله: رضى قبل الرؤية، بخلاف فسخه حيث يعتبر قبل الرؤية لكونه عقدًا غير لازم، فينفسخ بذلك لا بموجب الخيار. (البحر)

(٤) قوله: "قبله" أعاد الضمير مذكرًا للمعنى من أن حقه التأنيث لعوده إلى الرؤية، لكن لما كان المراد بالرؤية العلم ذكر الضمير مراعاة للمعنى. (البحر وحاشيته بتصرف)

(٥) قوله: "ولا" وهو قول الإمام المرجوع إليه؛ لأنه معلق بالشراء، فلا يثبت عنه، وروى أن عثمان بن عفان رضى الله تعالى عنه باع أرضًا بالبصرة من طلحة بن عبد الله فقبل لطلحة: إنك قد غنبت، فقال لى الخيار لأنى اشتريت ما لم أره، وقيل لعثمان: إنك قد غنبت، فقال: لى الخيار؛ لأنى بعث ما لم أره، فحكم بينهما جبير بن مطعم، فقضى بالخيار لطلحة، وكان ذلك بحضور من الصحابة، كذا فى البداية، والأثر رواه الطحاوى ثم البيهقى. (البحر)

(٦) قوله: "ويبطل" أى يبطل خيار الرؤية بما يبطل به خيار الشرط من التصريح والدلالة، فإن كان تصرفًا لا يمكن رفعه كالإعتاق، والبيع المطلق والرهن يبطله قبل الرؤية وبعدها؛ لأنه لما لزم تعذر الفسخ، وإن كان يمكن رفعه كالبيع بشرط الخيار، والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية؛ لأنه لا يربو صريح الرضا، ويبطله بعدها لوجود دليل الرضا. (الزيلعى والكشف)

خيار الشرط^(١)، وكفت^(٢) رؤية وجه الصبرة والرقيق

بالجر عطف على "الصبرة" بفتحين: العجز أى حال كونه مطوياً ف

والدابة، وكفلها وظاهر الثوب مطوياً وداخل الدار،

بأن قبض الوكيل وهو ينظر إليه أى كنظر المشتري الموكل أى لا يكون نظر رسوله كنظره بالاتفاق

ونظر^(٣) وكيله بالقبض كنظره لا ننظر رسوله،

(١) أى للمشتري معنى من صريح ودلالة وضرورة، فما يفعل للامتحان لا يبطلها إن لم يتكرر، فإن تكرر أبطلهما كالاستخدام مرة ثانية. (البحر الرائق)

(٢) قوله: "وكفت [أى فى إثبات الخيار إن كانت الرؤية بعد القبض، وفى إسقاطه إن كانت قبل الشراء، ولم يتغير المبيع، أو كانت حين القبض، كما تعطيه مسألة نظر الوكيل. (الكشف)]" لأن الأصل فيه أن رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره، فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود، فرؤية وجه الصبرة معرفة للبقية لكونه مكيلاً يعرض بالنموذج، وهو المكيلات وللموزونات، فيكتفى برؤية بعضه إلا إذا كان الباقي أردأ مما رأى، فحينئذ يكون له الخيار، أى خيار العيب، لا خيار الرؤية، وإنما ذكر الرقيق، ولم يذكر الجارية ليشمل العبد، كما فى "المعراج" من أن المعتبر فيهما النظر إلى الوجه ولا اعتبار برؤية ما عدها من الأعضاء، وكفت رؤية وجه الدابة وكفلها؛ لأنه هو المقصود، وظاهره أنه لا يشترط رؤية القوائم، وهو المروى عن أبى يوسف، وهو الصحيح.

وأما الثوب فاكتفى المصنف برؤية ظاهره مطوياً؛ لأن البادى يعرف ما فى الطي، فلو شرط فتحه لتضرر البائع بتكسره ونقصان قيمة، وبذلك ينقص ثمنه عليه إلا أن يكون له وجهان فلا بد من رؤية كليهما، أو يكون فى طيه ما يقصد بالرؤية كالعلم، ثم قيل: هذا فى عرفهم، أما فى عرفنا فما لم ير الباطن لا يسقط خياره؛ لأنه استقر اختلاف الباطن والظاهر فى الثياب، وأما الدار فظاهر الرواية أنه إذا رأى خارجها، أو رأى أشجار البستان من خارج فإنه يكتفى به، وعند زفر لا بد من دخول داخل البيوت، والأصح أن جواب الكتاب على وفاق عادتهم فى الأبنية، فإن دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ، فأما اليوم فلا بد من الدخول داخل الدار للتفاوت، فالنظر إلى ظاهر لا يوقع العلم بالداخل.

(٣) قوله: "ونظر" وهذا عند أبى حنيفة، وقالوا: هما سواء، وله الرد؛ لأنه توكل بالقبض دون إسقاط الخيار، فلا يملك ما لم يؤكل، وبه صار كخيار العيب، والشرط، والإسقاط قصداً، وله أن القبض نوعان تام وهو أن يقبضه، وهو يراه، وناقض وهو أن يقبضه مستولاً، وهذا لأن تمامه بتمام الصفة، ولا يتم مع بقاء خيار الرؤية والمؤكل ملكه بنوعيه، فكذا الوكيل لإطلاق توكيله، وإن قبضه مستوراً - انتهى -.

التوكيل بالناقض منه، فلا يملك إسقاطه قصداً بعد ذلك، بخلاف خيار العيب؛ لأنه لا يمنع تمام الصفة، فيتم القبض مع بقاءه، وخيار الشرط على الخلاف وسلم، فالموكل ألا يملك التام منه، فإنه لا يسقط بقبضه، فإن الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده، فكذا لا يملكه وكيله، وبخلاف الرسول؛ لأنه لا يملك شيئاً، وإنما إليه تبليغ الرسالة، ولهذا لا يملك القبض إذا كان رسولا فى البيع، قيد الوكيل بالقبض؛ لأنه لو كان وكيلًا بالشراء، فرؤية سقطه للخيار بالإجماع. (البحر)

ف وصَحَّ عقد الأعمى^(١)، ويسقط^(٢) خياره إذا اشترى بجس^(٣) ^{إن كان مما يجس}
 المبيع وشمه وذوقه، وفي العقار بوصفه، ومن رأى أحد الثوبين ^{فيما يذاق باللسان}
 فاشتراهما ثم رأى الآخر^(٤) له ردّهما^(٥)، ولا يورث^(٦) ^{أى الثوب الآخر خبر}
 كخيار الشرط، ومن اشترى^(٦) ما رأى خير إن تغير وإلا لا، ^{فلو مات المشتري قبل الرؤية لا ينتقل إلى ورثته}
^{قبل الشراء} ^{عن الصفة التي رآه عليها}

(١) قوله: "عقد الأعمى" أى بيعه وشراءه وسائر عقود؛ لأنه مكلف محتاج طلبها، فصار كالبصير ولتعامل الناس له من غير تكير، فصار بمنزلة الإجماع، وبه قال الأئمة الثلاثة، وقد كتبت فى الفوائد أن الأعمى كالبصير إلا فى مسائل: لا جهاد عليه، ولا جمعة، ولا جماعة، ولا حج، وإن وجد قائداً فى الكل، ولا يصلح كونه شاهداً ولو فيما تقبل فيه الشهادة بالتسامع على المذاهب، ولادية فى عينيه، وإنما الواجب حكومة عدل، وكره أذانه وحده وإمامته إلا أن يكون أعلم القوم، ولا يجوز اعتناقه عن الكفارات، ولا كونه إماماً أعظم، ولا قاضياً ويكره ذبحه، ولم أر حكم صيده ورميه واجتهاده فى القبلة. (البحر)

(٢) قوله: "ويسقط" لأن هذه الأشياء تقيد العلم لمن استعملها على ما بينا فى البصير، والمراد بسقوطه سقوطه إذا وجدت هذه الأشياء قبل الشراء، ثم اشترى، وأما إذا اشترى قبل هذه فهذه مثبتة للخيار له لا أنها مسقطه، ويمتد إلى ما يوجد منه ما يدل على الرضاء من قول أو فعل فى الصحيح، واكتفى بالوصف فى العقار؛ لأن لا سبيل له إلى معرفة إلا به، والوصف قد يقوم مقام الرؤية فى حق البصير، كما فى المسلم حتى لا يكون له خيار الرؤية بعد ما وصف له، فكذا فى حقه. (البحر والزيلعى)

(٣) هو المس باليد. (القاموس)

(٤) قوله: "ردّهما" لأن رؤيته أحدهما إنما تكون رؤية الآخر للتفاوت، فبقى الخيار فيما لم يره، ثم لا يرده وحده كيلا يتفرق الصفقة قبل التمام؛ لأنهما لا تتم مع خيار الرؤية. (الكشف)

(٥) قوله: "ولا يورث" أى لا يورث خيار الرؤية كما لا يورث خيار الشرط؛ لأن الخيار ثبت بالنص للعاقدة، والوارث ليس بعاقدة فلا يثبت له. (الزيلعى)

(٦) قوله: "ومن" أى من اشترى شيئاً قبل الشراء يحصل له خيار الرؤية إن وقع فى المشتري (بفتح الراء) تغير عن الصفة التى رآه عليها؛ لأن تلك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه، فكانه لم يره، وإن لم يتغير لا يخبر لخصول العلم بأوصافه، أطلق قوله: وإلا لا، وهو مقيد بشيئين: الأول: أن يعلم أنه مرثية وقت الشراء، فلو لم يعلم به له الخيار لعدم الرضاء به، كما فى "الهداية".

الثانى: أن تكون الرؤية السابقة لقصد الشراء، فلو رآه لا لقصد الشراء، ثم اشتراه، فله الخيار، ووجهه ظاهر إذا رأى لا يقصد الشراء، لا يتأمل كل التأمل، فلم تقع معرفة. (عز والبحر)

وإن^(١) اختلفا في التغير، فالقول للبائع وللشترى^(٢) لو في^{مع يمينه} أي المتعاقدان
الرؤية، ولو اشترى عدلاً وباع منه ثوباً، أو وهب وسلم رده^(٣) من الثياب ولم يره وقبضه
أي لا يرده بخيار... إلخ أي أو خيار الشرط
بعيب لا بخيار رؤية، أو شرط.

باب خيار العيب^(٤)

من وجد بالمبيع عيباً أخذه^(٥) بكل الثمن أو رده، وما^{أي كل شيء} يفتقر به الثمن
أوجب نقصان الثمن عند التجار عيب^(٦) كالإباق والبول في^{وهو هروب العبد والجارية}

(١) قوله: "وإن" أي إن اشترى رجل شيئاً رآه، ثم قال المشتري: وقع فيه التغير الموجب لخيار الرؤية، وأنكر البائع، فالقول قول البائع مع يمينه؛ لأن التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر أطلقه وهو مقيد بما إذا قربت المدة؛ لأن الظاهر شاهد له، أما الفرق بين المدة القليلة والبعيدة ففي فتح القدير جعل الشهر قليلاً، وقال في "الكشف": الفارق بين مدة ومدة إنما هو شأن المبيع لتفاوت الأشياء في تسارع التغير إليها.

(٢) قوله: "للمشترى" أي لو اختلفا في الرؤية كان القول قول المشتري؛ لأنها أمر حادث والمشتري ينكره، فيكون القول له مع يمينه. (الزيلعي)

(٣) قوله: "رده" لأنه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه، وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام؛ لأن خيار الرؤية والشرط ينعان تمامهما بخلاف خيار العيب لتمامهما معه بعد القبض. (البحر)

(٤) تقدم وجه تأخيره عن خيار الرؤية، وهو ما يخلو أصل الفطرة السليمة.

(٥) قوله: "أخذه" لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة، فعند فواته يتخير كيلاً يتضرر بلزوم ما لا يرضى به، دل كلامه أنه ليس له إمساكه، وأخذ النقصان؛ لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد أطلقه، فشمّل ما إذا كان به عند البائع، أو حدث بعده في يد البائع، وما إذا كان فاحشاً سيراً ولا للمسألة من قيود الأول أن يكون العيب عند البائع، الثاني أن لا يعلم به المشتري عند البيع، الثالث أن لا يعلم به عند القبض، الرابع أن لا يتمكن من إزالة بلا مشقة فإن تمكن فلا كإحرام الجارية، فإنه بسبيل من تحليلهما، الخامس أن لا يشترط البراءة منه خصوصاً، أو من العيوب عموماً، السادس أن لا يزول قبل الفسخ فإن زال ليس له الرد مثل بياض العين إذا المجلى والحمى إذا زالت. (البحر)

(٦) قوله: "عيب" لأن الضرر بنقصان المالية، وذلك بانتقاص القيمة، والمرجع في ذلك عرف

بفتحتن: وهو تنن الغم
 الفراش والسرقة^(١) والجنون^(٢) والبخر والدفر^(٣) والزنا وولده في
 الجارية^(٤) والكفر^(٥) فيهما، وعدم^(٦) الحيض والاستحاضة
 أى فى العبد والأمة

أهله وهم التجار أو أرباب الصنائع إن كان المبيع من المصنوعات، فلا يقتصر الحكم على التجار . (البحر
 يحذف والكشف)

(١) قوله: "والسرقة" اختلفت النسخ ههنا بحيث لا يكاد يؤيد بعضها بعضاً، ففي الزيلعي:
 الجارية مكان الأمة فى البحر، والسرقة من العيوب فى العبد والجارية مكان قوله: الأمة وبعد الكفر أقبح
 العيوب، وفى العيني: الأمة مكان الجارية. (عز) [لأنهما - أى الإباق والبول فى الفراش والسرقة -
 (عز) توجب نقصان القيمة عندهم ثم إذا وجد شئ من هذه الأشياء من صغير غير مميز لا يكون عيباً،
 وإن كان مميزاً يكون عيباً، ويحول بالبلوغ، فإن عادوه بعد البلوغ يكون عيباً حادثاً غير الأول لزوال الأول
 بالبلوغ، فيكونان مختلفين لاختلاف سببهما، فإن البول قبل البلوغ لضعف فى المثانة، وبعده لداء فى
 الباطن، والإباق قبل البلوغ تحب اللعب، والسرقة قبل البلوغ لقلة المبالاة، وهما بعده لخبث فى الباطن
 حتى لو وجد شئ منهما عند البائع قبل البلوغ ثم وجد عند المشتري بعد البلوغ، ليس له أن يردّه لزوال
 الأول بالبلوغ، ولو وجد عند البائع قبل البلوغ، ووجد عند المشتري أيضاً قبل البلوغ يردّه به مالم يبلغ
 لاتحاد السبب، وكذا إذا وجد عند البائع بعد البلوغ، وعند المشتري أيضاً بعد البلوغ يردّه لما ذكرنا،
 والسرقة لا تختلف بين أن يكون من المولى أو من غيره إلا إذا سرق من المولى شيئاً فلاكل، فإنه لا يكون
 عيباً، فإن التقصير جاء من قبل المولى حيث أحوجه إليه .

(٢) قوله: "والجنون" وهو فساد فى الباطن؛ لأن العقل معدنه القال، وشاء فى الدماغ والجنون
 انقطاع، وذلك الشعاع، وهو لا يختلف باختلاف السن حتى لو وجد عند البائع فى صغره وعادوه عند
 المشتري، بل إذا ثبت أنه كان به جنون عند البائع يردّه برده، وإن لم يعاوده فى يد المشتري؛ لأنه قلنا
 يزول، والصحيح أنه لا يردّه حتى يعاوده عنده؛ لأن الله تعالى قادر على إزالته، فلا بد من المعاودة،
 ومقداره أن يكون أكثر من يوم وليلة، وما دونه لا يكون عيباً. (الزيلعي)

(٣) بفتح الدال والفاء وسكونها أيضاً تنن الإبط .

(٤) قوله: "وفى الجارية [أى هذه الأربعة تكون عيباً فى الأمة دون الغلام]" يعنى هذه الأربعة -
 البخر والدفر والزنا وولده - (عز) تكون عيباً فى الجارية دون الغلام؛ لأنه يخل بالمقصود منها، وهو
 الافتراش وطلب الولد، لا فى الغلام؛ لأن المطلوب منه الاستخدام، وهذه الأشياء لا تحل؛ لأنه
 يستخلمه من بعد، وكونه أدفر، أو أبخر، أو زانياً، أو ولد زنا لا يمنعه منه إلا أن يكون فاحشاً بحيث
 يمنع القرب من المولى، أو يكون الزنا عادة له؛ لأن الفاحش من البخر والدفر يكون داء، وهو عيب،
 واتباع النساء يشغله عن الخلعة، وذلك بأن يتكرر منه أكثر من مرتين، والعيوب كلها لا بد من المعاودة
 عند المشتري حتى يرد إلا الزنا فى الجارية. (الزيلعي)

(٥) قوله: "والكفر" لأن طبع المسلم ينفر عن صحبة الكافر للمداوة الدينية، ولو اشتراه على أنه

لا المعتاد ^١ والسعال ^(١) القديم والدين ^(٢) والدبر والشعر ^(٣) والماء في العين،

بعد اطلاعه على العيب كان عند البائع ^(٤) فلو ^(٤) حدث آخر عند المشتري رجع بنقصانه أو رد برضى

كافر، فإذا هو مسلم، فلا خيار له؛ لأن الإسلام زوال عيب لكفر، فصار كما لو اشتراه معيباً فإذا هو سليم، فإنه لا خيار بالإجماع، وقال الشافعي وأحمد: له الخيار؛ لأنه وجده على خلاف ما شرط، وربما يتعلق له بهذا الشرط غرض، مثل أن يستخدمه في محقرات الأمور، ولا يستجير من نفسه أن يستخدم المسلم فيها، ولم أر حكم ما إذا وجده خارجاً عن مذهب أهل السنة، كالمعتزلي والرافضي، وينبغي أن يكون كالكافر؛ لأن السني ينفر عن صحبته، وربما قتله الرافضي؛ لأن الرافضة يستحلون قتلنا (شرح نقاية وبحر).

(٦) قوله: "وعدم" أي والاستحاضة عيب، وارتفاع حيض بنت سبع عشر سنة عيب، قيد بسبع عشرة لأنه أقصى زمن البلوغ عند أبي حنيفة، أما كون الاستحاضة عيباً فلأنها لداء في عرق المرأة، وقد أشار إلى ذلك النبي ﷺ حيث قال لفاطمة بنت أبي حبيش حين سألته وكانت تستحاض: أن ذلك عرق وليس بالحیضة، وأما عدم الحيض في البالغة فلداء في بطنها، إذ العادة الأصلية في النساء التي حبلن على السلامة أن يحضن في أوانه، ويظهرن في أوانه، فإذا كان بخلافه كان لداء في الباطن، وإنما يعرف هذا بقول الأمة؛ لأنه لا طريق لمعرفة ذلك إلا هذا. (شرح النقاية بتصرف)

(١) قوله: "والسعال" هو بالضم وهي حركة تدفع بها الطبيعة أذى عن الرئة والأعضاء التي تتصل بها، وإنما عد من العيوب لأن دوامه يدل على الداء، وتنقص بسببه قيمته. (قاموس الزيلعي)

(٢) قوله: "والدين" أي من جملة العيوب كون المبيع مديوناً؛ لأن ماليته تكون مشغولة به، والغرماء متقدمون على المولى، أطلقه فشمّل دين العبد والجارية وما إذا كان مطالباً به للحال، أو متأخراً إلى ما بعد العتق، وفرق بينهما الشافعي، وهو حسن، إذ لا ضرر على المولى في الثاني، وجوابه أنه يلحقه ضرر بنقصان ميراثه منه حيث كان وارثاً، كذا في "فتح القدير"، وهو بحث منه مخالف للنقل. (عز)

(٣) قوله: "والشعر" لأنهما يضعفان البصر، ويورثان العمى، ولا خصوصية لهما، بل كل مرض بالعين فهو عيب، ومنه السبل كما في "المعراج"، وكثرة الدمع، وقد ذكر المصنف أولاً ضابط العيب، ثم ذكر عدداً من العيوب ولم يستوفها لكثرتها. (البحر)

(٤) قوله: "فلو" أي لو حدث عند المشتري عيب، واطلع على عيب كان فيه عند البائع، فله أن يرجع بالنقصان، وليس له أن يرده إلا برضاء البائع؛ لأن بالرد أضر بالبائع؛ لأنه خرج عن ملكه سالماً عن العيب الثاني، ولا بد من دفع الضرر عنهما، فتعين الرجوع بالنقصان إلا أن يرضى البائع بأخذه؛ لأن رضى بالتزام الضرر، فيخير المشتري حينئذ إن شاء رده، وإن شاء رضى به، وليس له أن يرجع لنقصان بعد ما رضى البائع به لزوال الموجب لذلك، وهو امتناعه من.

ولا يقال: إن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن، فكيف يرجع عليه بالنقصان؟ لأننا نقول: إذا

بائع، ومن اشترى ثوباً فقطعه فوجد به عيباً رجع بالعيب،
 وإن قبله البائع كذلك، فله ذلك^(١)، وإن باعه المشتري لم يرجع
 بشيء^(٢)، فلو قطعه وخاطه، أو صبغه، أو لت السويق بسمن،
 فاطلع على عيب رجع^(٣) بنقصانه، كما^(٤) لو باعه بعد رؤية
 العيب، أو مات^(٥) العبد، أو أعتقه مجاناً، فإن أعتقه على

بعد قطعه
 أى مقطوعاً
 أى القبول
 أى صبغ كان
 أى خلط
 الذى اشتراه
 بعد هذه الأشياء
 على البائع
 المراد هلاك المبيع عند المشتري
 بلا مال قبل اطلاعه على العيب

صارت مقصودة يقابلها، وتفسير مقصودة بأحد أمرين، إما بالإتلاف حقيقة، كما إذا قطع البائع يده قبل القبض، فإنه يسقط من الثمن بقدره، وهو النصف، وإما بالمنع حكماً، كما إذا امتنع الرد لحقه، أو لحق الشرع، بأن نقص أولاً، ولأن الجزء الفائت صار حقاً للمشتري بالعقد، ووجب تسليمه، فإذا عجز صار مانعاً لذلك الجزء حكماً، فيرد عليه المبيع إن أمكن دفعاً للضرر عنه، ولا يرجع عليه بالنقصان لاندفاع الضرر به، وإن لم يمكن رجع عليه بحصته من الثمن، فصار له حصته من الثمن لكونه مقصوداً بالمنع حكماً، فاعتبر الحكمى للضرورة عند تعذر دفع الضرر عنه بغيره.

وصورة الرجوع بالنقصان أن يقوم المبيع وليس به عيب قديم، ويقوم وبه ذلك، فينظر إلى ما نقص، نقص من قيمته لأجل النقصان ينسب إلى القيمة السليمة، فإن كانت النسبة العشر رجع بعشر الثمن، وإن كانت النصف فنصف الثمن.

بيانه إذا اشترى ثوباً بعشرة دراهم، وقيمته مائة درهم، واطلع على عيب ينقصه عشرة دراهم، وقد حدث به عيب عنده، فإنه يرجع بعشر الثمن، وهو درهم، ولو اشتراه بمائتين، وقيمته مائة، ونقصه العيب عشرة، فإنه يرجع بعشر الثمن، وذلك عشرون، وإن نقصه عشرين رجع بخمس الثمن، وهو أربعون، وإن اشتراه بمائة، وهو يساوى مائة، ونقصه عشرة رجع بعشر الثمن، وهو عشرة. (الزيلعى والبحر)

(١) قوله: "ذلك" لأن الامتناع لحقه، وقد رضى به، بخلاف ما إذا كان الامتناع لزيادة فيه حيث لا يكون له أخذه؛ لأن الامتناع لحق الشرع، فإنه ربا. (عز والزيلعى)

(٢) لكونه حاسباً له بالبائع لإمكان برضا بائعه، فكان مفوتاً.

(٣) قوله: "رجع" وإنما يرجع بالنقصان لتعذر الرد بسبب الزيادة، إذ الفسخ فى الأصل بدون الزيادة لا يمكن؛ لأنهما لا تفك عنه، ومع الزيادة أيضاً لا يمكن؛ لأن العقد لم يرد عليها، فكذا الفسخ، إذ هو لا يرد إلا على ما ورد عليه العقد، وإلا لما كان فسخاً، ولو أخذه لكان ربا أيضاً، فإذا امتنع الرد بسبب الزيادة لا تأثير للبيع لامتناع قبلهما، فلا يصير به حاسباً، بخلاف القطع من غير خياطة. (الزيلعى)

المبيع. بعد اطلاعيه على العيب. أى أو كان المبيع طعاماً، فأكل بعضه
 مال، أو قتله، أو كان طعاماً فأكله، أو بعضه لم يرجع^(١)
 شخص بالكسر والضم: معروف بأن كان منتفياً أو مرأ
 بشيء، ولو اشترى بيضاً، أو قثاء^(٢)، أو جوزاً، ووجده فاسداً
 يُنتفع^(٣) به، رجع^(٤) بنقصان العيب^(٥)، وإلا^(٦) بكل الثمن، ولو

(٤) أى كما يرجع بالنقصان لو باع كلا من المذكورات (أى الثوب والمخيطة أو المصبوغ أو السوق الملتوت) بعد رؤية العيب؛ لأن الرد ممتنع أصلاً قبله، فلا يكون حاسباً للمبيع. (ط د ك)

(٥) قوله: "أو مات" أى الخياطة ونحوها لا تمنع الرجوع بنقصان العيب، كما لا يمنع البيع بعد الزيادة على ما تقدم، وكما لا يمنع موت العبد وإعتاقه، أما الموت فلأن الملك انتهى به، والامتناع حكماً لا بفعله، وأما الإعتاق فالقياس أن لا يرجع؛ لأن امتناع الرد بفعله، فصار كالقتل، وفى الاستحسان يرجع؛ لأن العتق إنهاء الملك؛ لأن الأدمى ما خلق فى الأصل محلاً للملك، وإنما ثبت فيه الملك موقته إلى الإعتاق، فكان إنهاء كالموت، وهذا لأن الشيء يتقرر بانتهاه، فيجعل كأن الملك باق، والرد متعذر، والدليل على ثبوت أصل الملك مع الإعتاق ثبوت الولاء للمعتق، وهو أثر من آثار الملك، ولم يذكر المؤلف رحمه الله تعالى توابع الإعتاق، وفيها تفصيل، فالتدبير والاستيلاد كالعتق لتعذر النقل مع بقاء المحل بالأمر الحكيم، وأما الكعابة فمانعة من الرجوع لجواز النقل لبيعه برضاء، وتعجيز نفسه، فصار بها حاسباً، كالإعتاق على مال. (البحر والزيلعى)

(١) قوله: "لم يرجع [جواب المسائل الأربع]" أما الأولى فلأنه جنس بدله، فكأنه جنس مبدله، وأما الثانية فلأن القتل لا يوجد إلا مضموناً، وإنما سقط الضمان هنا للملك، فصار كالمستفيد عوضاً، بخلاف الإعتاق لأنه لا يوجب الضمان لا محالة - قيد للمنفى وهو الإيجاب - كإعتاق المعسر عبداً مشتركاً، فإنه لا يتعلق به الضمان، بل إذا كان موسراً على تقدير فلم يوجب به ذاته، وأما الثالثة ففيهما خلافاً، لهما أنه صنع فى المبيع ما يقصد بشراءه، ويعتاد فعله فيه، فأشبهه الإعتاق، وله أنه تعذر الرد بفعل مضمون منه فى المبيع، فأشبهه البيع ولو لقتل، ولا معتبر يكون الأكل مقصوداً من الشراء، ألا ترى أن البيع قد يقصد بالشراء، ثم هو يمنع الرجوع، وأما الرابع فلأن الطعام كشيء واحد. (الكشف)

(٢) بأن كان القثاء فيه لب يأكله بعض الفقراء، ويصلح للعلف، أو كان بعض لبّ الجوز ونحوه يؤكل، وأما العوض فلا يتصور ذلك؛ لأن قشره لا قيمة له إلا فى بيض النعامة، فإن المطلوب فيه قشره. (العينى)

(٣) أى ولو كان الرد بالتراضى من غير قضاء القاضى لا يردده على بائعه. (العينى)

(٤) قوله: "رجع" لأن الكسر عيب حادث إلا إذا رضى به البائع؛ لأنه أسقط حقه، وقال الشافعى رحمه الله: إذا كسر منه مقدار ما لا بد منه للعلم بالعيب يردده؛ لأن البائع سلط عليه، فكأنه فعله بنفسه، قلنا: رضى بكسره فى ملك المشتري لا فى ملك نفسه، فيجب رعاية حقهما بالرجوع بنقصان العيب، فصار كما لو باع ثوباً فقطعه، ثم اطلع على عيب، ولو علم بصفته قبل الكسر رده

الذى اشتراه المشتري منه أى بسبب عيب من القاضى

باع المبيع فرد عليه بعيب بقضاء يردّه^(١) على بائعه، ولو برضى
لا، ولو قبض المشتري المبيع، وادّعى عيباً لم يُجبر^(٢) على دفع
إلى البائع أى يقيم البيّنة
الثمن، ولكن يبرهن، أو يحلف ببائعه، فإن قال: شهودى
بالشام دفع^(٣) إليه إن حلف ببائعه، فإن ادّعى^(٤) إباقاً^(٥) لم يحلف^(٦)

لإمكانه. (الزيلعى بحذف)

(٥) أى وإن لم ينتفع به بأن وجد البيض هذرة والقضاء مرة والجوز ونحوها خالياً.

(٦) قوله: "ولّا" أى إن لم ينتفع به رجوع بكل الثمن؛ لأنه ليس بمال، فكان البيع باطلاً، قالوا:
هذا يستقيم فى البيض؛ لأنه لا قيمة لقشره، وكذا فى الجواز إذا لم يكن لقشره قيمة، وأما إذا كان لقشره
قيمة، بأن كان فى موضع يوقد فيه قشره، كما فى مواضع الزجاجين، فقليل يرجع بحصة اللب، ويصح
البيع فى القشر بحصته؛ لأنه مال متقوم، فصار محلاً للبيع، وقيل: يرد القشر ويرجع، ولكل الثمن؛
لأن مالية الجوز باعتبار اللب دون القشر، فإذا لم ينتفع بلبه فات محل البيع، فكان باطلاً، وإن كان
لقشره قيمة. (الزيلعى)

(١) قوله: "يردّه" أى لو اشترى شيئاً، ثم باعه، فردّ عليه بالعيب له أن يردّه على بائعه إن كان ردّه
عليه بقضاء؛ لأن الرد بالقضاء فسخ فى حق الكل، فيكون كأنه لم يبعه، وإن كان الرد بالتراضى من غير
قضاء القاضى، لا يردّه على بائعه، وقيل فى عيب لا يحدث مثله كالأصبع الزائدة يردّه للتيقّن به عند
البيع الأول، والأصح أنه لا يردّ عليه فى الكل؛ لأن الفسخ بالتراضى بيع جديد فى حق غيرهما، إذ لا
ولاية لهما على غيرهما، بخلاف القاضى؛ لأن له ولاية عامة، فينفذ قضاءه على الكل.
وهذا إذا كان الردّ بعد القبض، وإن كان قبله فله أن يردّه على بائعه، وإن كان بالتراضى فى غير
العقار؛ لأن بيع المبيع قبل القبض لا يجوز، فلا يمكن جعله بيعاً جديداً فى حق غيرهما، فجعل فسخاً
فى حق الكل على ما نبّهته فى الإقالة - إن شاء الله تعالى - وفى العقار اختلاف المشايخ. (الزيلعى)

(٢) قوله: "لم يُجبر" أى ومن قبض ما شراه، ثم ادّعى عيباً لا يُجبر المشتري على دفع ثمنه إلى
البائع؛ لاحتمال أن يكون صادقا فى دعواه، بل يبرهن المشتري أن يقيم البيّنة لإثبات العيب، بأنه وجد
بالمبيع عند المشتري؛ لأنه إن لم يوجد عنده ليس له أن يردّه، وإن كان عند البائع؛ لاحتمال أنه زال، فإذا
برهن أنه وجده عنده يحتاج أن يبرهن أيضاً أن هذا العيب كان به عند البائع لاحتمال أنه حدث عنده، أو
يحلف ببائعه على قولهما؛ لأنه إن أقرّ به لزمه، فإذا أنكره يختلفان حلف برئ، وإن نكل ثبت قيام
العيب للحال، ثم يحلف ثانياً على أن هذا العيب لم يكن فيه عنده، فإن حلف برئ، وإن نكل فسخ
القاضى العقد بينهما، واختلف المشايخ على قول أبى حنيفة، فقال بعضهم: يحلف، وقال بعضهم: لا
يحلف، وهو الأصح، كما سيأتى. (عز والمجمع والزيلعى بحذف)

بائع
أي العبد
بائعته حتى يبرهن المشتري أنه أبق عنده، فإن برهن حلف بالله
ما أبق^(١) عندك قط، والقول في قدر المقبوض للمقبض^(٢)، ولو
اشترى عبيدين صفقة فقبض أحدهما، ووجد بأحدهما عيباً
أخذهما^(٣)، أو ردهما، ولو قبضهما^(٤)، ثم وجد بأحدهما عيباً

(٣) قوله: "دفع" أي إذا قال المشتري: شُهودى بالشام، استحلف البائع، فإن حلف دفع إليه الثمن؛ لأن في الانتظار ضرراً بالبائع، وليس في دفع الثمن إليه كبير ضرر على المشتري؛ لأنه على حاجته متى أقام عليه البيّنة مهر عليه المبيع، وأخذ منه الثمن، وإن نكل البائع لزم العيب؛ لأنه حجة فيه. والمراد بقوله: شهودى بالشام أنه قال: إن له بيّنة غائبة عن المصر، سواء كانوا بالشام، أو غيرها، وقيد بدعواه غيبته عن المصر؛ لأنه لو قال: لى بيّنة حاضرة أمهله القاضي إلى المجلس الثاني، إذ لا ضرر فيه على البائع، ولا طلب الاقفال إلى ثلاثة أيام أمهله. (البحر بحذف والزيلعي)

(٤) قوله: "فإن" أي إذا ادّعى عيباً يطلع عليه الرجال، ويمكن حدوثه فلا بد من إقامة البيّنة، أو على قيامه بالمبيع مع قطع النظر عن قدمه وحدثه ليتنصب البائع خصماً، فإن لم يبرهن لا يمين له على البائع عند الإمام على الصحيح وعندهما يحلف على نفي العلم؛ لأن الدعوى معتبرة حتى تترتب عليهما البيّنة، فكذا يترتب التحليف، وله أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة، ولا تصح من خصم، ولا يصير خصماً فيه إلا جدد قيام العيب، ولا يلزم من ترتب البيّنة ترتب اليمين، كما في الحدود والأشياء الستة. (الزيلعي)

وأورد عليه لزوم ذلك في دعوى الدين مع أنه في دعوى الدين بأمر القاضي المدعى عليه بالجواب قبل ثبوت أصل الدين مع فراغ الذمة عن الدين أصل، والشغل عارض كالعيب، وأجيب وله شرط إثباته لم يتوصل المدعى إلى إثبات حقه؛ لأنه ربما تعذرت عليه بخالف العيب؛ لأنه مما يعرف بأثار تعان أو يقول الأطباء والقابلة. (البحر بحذف)

(٥) أي إباق العبد الذي اشتراه، فأنكر البائع وأراد المشتري تحليفه.

(١) قوله: "ما أبق" لكن قال المتأخرون: فيه ترك النظر للمشتري؛ لأنه لا يتناول الإباق من المودع والمستأجر والمستعير والغاصب لا إلى منزل مولاه مع القدرة على الرجوع إليه مع أنه عيب. (المجمع)

(٢) قوله: "للمقبض" فلو اشترى جارية وتسلمها ثم وجد بهما عيباً، فقال البائع بعتهما، وأخرى معهما، وقال المشتري وحدها، فالقول للمشتري؛ لأن البائع يدعى بقاء بعض الثمن في ذمة، وهو حصة الآخر، والمشتري ينكره، فالقول قول المنكر مع يمينه، وكذا لو اتفقا على مقدار المبيع، واختلفا في المقبوض، ولو حذف المصنف قوله في مقدار المقبوض لكان أولى؛ لأن القول للمقبض فيما

ردّ المَعيب وحده، ولو وجد^(١) ^{المشتري} بيعض الكيلى، أو الوزنى عيباً ^{مثل البر والشعير مثل الزيت ونحوه}
 رده كله، أو أخذه، ولو استحق^(٢) ^{بعض القبض أى بعض الكيلى، أو بعض الوزنى أى المشتري} بعضه لم يخير فى رد ما
 بقى، ولو ثوباً خيراً، واللبس^(٣) ^{إن شاء أمسك أو ردّ} والركوب والمداواة رضاً
 بالعيب لا^(٤) ^{أى لا يكون. أى لسقى الدابة من الخوض، أو النهر ونحوهما.} الركوب للسقى، أو للرد، أو لشراء العلف، ولو

قبضه مطلقاً مقداراً وصفةً أو تعييناً. (البحر)

(٣) قوله: "أخذهما" يعنى ليس له أن يأخذ السليم ويرد الميعب بل يأخذهما أو يردهما؛ لأن فى ذلك تفريق الصفقة قبل تمامها؛ لأن تمامها بقبضهما؛ لكونه مقيداً للملك التصرف فيهما، ومؤكداً للملك رقبتهما. (الزيلعى وشرح النقاية)

(٤) قوله: "قبضهما" أى ولو اشترى عبيدين صفقة ووجد بأحدهما عيباً رده خاصة إن قبضهما، وقال زفر والشافعى رحمه الله فى قول: ليس له أن يرد الميعب وحده؛ لأن فيه تفريق الصفقة، وهو لا يخلو عن تضرر البائع برد الميعب وحده؛ لأن العادة جرت بضم الجيد إلى الردىء. ولنا أنه تفريق بعد تمام الصفقة؛ لأنهما تمت بالقبض؛ لأن خيار العيب لا يمنع تمامها فيكون الفسخ بعد القبض فى ملك المشتري من كل وجه، فيقتصر الرد على ما فيه علة، وهو الميعب، وإنما وضع المسألة فى عبيدين بكونهما مما يتنفع بأحدهما دون الآخر، فلو اشترى شيئين لا يتنفع بأحدهما دون الآخر كنفلين أرخين، فوجد فى أحدهما عيباً بعد قبضهما فإنه يردهما، أو يمسكهما بإتفاق؛ لأنهما فى الصورة عيان، وفى المعنى والمنفعة شيء واحد، والمعتبر عن المعنى دون الصورة والمبنى. ولو قال المشتري فيما يمكن إفراد أحدهما بالانتفاع عن الآخر: أنا أمسك الميعب، وأخذ النقصان، ليس له ذلك؛ لأنه لما رضى بالعيب فات حقه فى وصف السلامة، فلم يكن له المطالبة بالنقصان. (شرح النقاية)

(١) قوله: "ولو وجد" أى من شرى ما يكال، أو ما يوزن من نوع واحد، فوجد بيعضه عيباً، فإنه يرده كله، وليس له أن يأخذ السليم ويرد الميعب، سواء كان قبل القبض أو بعد؛ لكونه كالشيء الواحد. (شرح النقاية)

(٢) قوله: "ولو استحق" أى وإن قبض الكيلى أو الوزنى، واستحق البعض منه، لم يرد الباقي؛ لأن الشركة بينهما ليست بعيب، إذ التبعض فيهما لا يضر، والاستحقاق لا يمنع بتمام الصفقة؛ لأن العقد حق العاقد، وتماه برضاه، لا يرضى المالك، قدم القبض على استحقاق البعض؛ لأن البعض لو استحق قبل القبض كان المشتري أن يرد الباقي لتفرق الصفقة عليه قبل تمامها، بخلاف الثوب، فإن مشتريه إذا قبضه واستحق منه بعضه، له خيار الرد فى الباقي؛ لأن الشركة فيه عيب عرفاً، وقد كانت البيع قبل ظهور الاستحقاق. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "ولا" أى ولا يرد بسبب، ولو حدث بعد البيع قبل القبض فى قول أبى يوسف، وقال محمد وزفر: لا يدخل الحادث؛ لأن البراءة تتناول الثابت، ولأبى يوسف أن الغرض إلزام العقد بإسقاط حقه عن وصف السلامة، وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث. (الكشف)

المراد بأن عند الممنوع مجازاً عرفياً، فيعم الباطل والمكروه

باب البيع الفاسد^(١)

لم يجز^(٢) بيع الميتة والدم والخنزير^(٣) والخمر والحر وأم^{لعدم المالية}

يصح لما فيه من معنى التملك حتى يرتد بالرد، وتمليك المجهول لا يصح.
ولنا أن جهالته الساقط لا تفضي إلى المنازعة، وإن كان في ضمنه التملك لعدم الحاجة إلى التسليم. (الكشف)

(٥) قوله: "ولا" أى ولا يرد بسبب، ولو حدث بعد البيع قبل القبض فى قول أبى يوسف، وقال محمد وزفر: لا يدخل الحادث؛ لأن البراءة تتناول الثابت، ولأبى يوسف أن الغرض إلزام العقد بإسقاط حقه عن وصف السلامة، وذلك بالبراءة عن الوجود والحادث. (الكشف)

(١) قوله: "الفاسد" أخره عن الصحيح لكونه عقداً مخالفاً للدين؛ لأنه معصية يجب رفعها وعنونة به، وإن ذكر فيه الباطل باعتبار كثرة أنواعه وغيره يذكر فيه بطريق الاستطراد.
قال بعض الفضلاء: الفاسد كما يذكر فى مقابلة الباطل، كذا يذكر فى مقابلة الصحيح، فيراد منه ما يعم الباطل، وهو المراد ههنا - انتهى - لكن فيه كلام؛ لأنه يلزم منه أن يشمل الصحيح إذا استعمل فى مقابلة الباطل، ولا وجه له، تدبر.

واعلم أن البيوع على أنواع: صحيح: وهو المشروع بأصله ووصفه، وباطل: وهو هذه، ولا يفيد الملك بوجه، وفاسد: وهو المشروع بأصله دون الوصف، ويفيد الملك إذا اتصل به القبض، ومكروه: وهو المشروع بأصله ووصفه، لكن جاوره شيء منهى عنه، وموقوف: وهو المشروع بأصله ووصفه، ويفيد الملك على سبيل التوقف، ولا يقيد تمامه لتعلق حق الغير. (المجمع)

(٢) قوله: "لم يجز" وإنما لم يجز بيع الميتة والدم لانعدام المالية التى هى ركن البيع، فإنهما لا يعدان مالاً عند أحد، وهو من قسم الباطل، والمؤلف رحمه الله تعالى لما استعمل الفاسد فى الباب للأعم عبر بعدم الجواز الشامل للباطل والفاسد.

وفى القاموس: الميتة مالم تلحقه زكاة، وبالكسر للنوع... اهـ، فإن أريد بعدم الجواز عدمه فى حق المسلمين بقيت الميتة على إطلاقهما، وإن أريد الأعم للمسلم والكافر، فيراد بهما ما مات حتف أنفه، أما المنخقة والموقوذة فغير داخله، لما فى التجنيس أهل الكفر إذا باعوا الميتة فيما بينهم لا يجوز؛ لأنهما ليست بمال عندهم، ولو باعوا ذبيحتهم وذبحهم أن يخنقوا الشاة ويضربوها حتى تموت جاز؛ لأنها عندهم بمنزلة الذبيحة عندنا. (البحر مع زيادة)

(٣) قوله: "والخنزير" أى لم يجز بيع الخنزير والخمر، وفيه تفصيل، فإن قبول بالنقدين فالبيع باطل لعدم التقوم؛ لأن التقدير غير مقصود فى العقد؛ لأنه يجب فى الذمة، فالمقصود بالعقد إنما هو الخمر والخنزير، وفى تملكهما مقصوداً إعزاز لهما، والشرع قد أمر بإهاتهما، فسقط التقوم أصلاً أى لم يظهر حكم التقوم فى نفسه، فلا فيما يقابله من النقدين؛ لأن الثمن يثبت فى الذمة بالعقد، وثبوته فى الذمة إنما يكون حكماً لتملكه بمقابلة تملك مال آخر، فإذا لم يوجد ذلك لما يثبت فى الذمة، فلا يثبت فيه الملك

المطلق دون المقيد

الولد^(١) والمدير والمكاتب، فلو هلكوا عند المشتري لم يضمن،

أى لم يجز بيع السمك قبل أن يصاد ^{بسكون الميم: الجنين} والسمك^(٢) قبل الصيد، والطير^(٣) فى الهواء، والحمل^(٤)

والنتاج واللبن^(٥) فى الضرع، واللؤلؤ^(٦) فى الصدف، ^{حبل الحبله وجزم البرجندى ببطلانه}

لاستحالة ثبوت الملك فى المعدوم، فبطل العقد أصلاً.

وإن قوبل بالعين ففساد - أى فى العين، وباطل فى الخنزير، والحاصل أن المحرم إن كان مالا كالخمر والخنزير يرد، وقوبل بحلال غير التقدين ثمتاً كان بأن أدخل الباء عليه أو مبيعاً، فالبيع باطل فى المحرم، فلا يملكه بالقبض فاسد فى الحال فيملكه، وإن لم يكن مالا كالدّم، أو كان مالا، وقوبل بأحد التقدين، فالبيع باطل فيهما، فيملك ما يقابله لا الخنزير. (الكشف مع زيادة وتغير)

(١) قوله: "وأما الولد" أى بيع هؤلاء غير جائز، أى غير منعقد، أما المدير وأما الولد، فقد صرح فى "الهداية" ببطلان بيعهما، قال: لأن استحقاق العتق قد ثبت لأم الولد لقوله عليه السلام: أعتقهما ولدها، وسبب الحرية انعقد فى حق المدير فى الحال لبطلان الأهلية بعد الموت، والمكاتب استحقيق العتق يبدأ على نفسه لازمة فى حق المولى، ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله، فلا يجوز. (البحر)

(٢) قوله: "والسمك" قال فى "شرح الوقاية": وأعلم أنه نظم كثيراً من المسائل فى ملك واحد، وقال: لم يجز، ولم يبين أن البيع باطل أو فاسد، وأنا أبين ذلك - إن شاء الله تعالى - .
ففى السمك الذى لم يصد ينبغى أن يكون البيع باطلاً إذا كان بالدرهم والدنانير، ويكون فاسداً إذا كان بالعرض؛ لأنه مال غير متقوم؛ لأن التقوم بالإحراز، والإحراز منتف. (الطحطاوى)

(٣) قوله: "والطير" أى لا يجوز بيع الطير فى الهواء؛ لأنه غير مملوك قبل الأخذ، فيكون باطلاً، وكذا له باع بعد ما أرسله من يده؛ لأنه غير مقدور التسليم، فيكون فاسداً، ولو سلم بعده لا يعود إلى الجواز عند مشايخ بلخ، وعلى قول الكرخى يعود، وكذا عن الطحاوى أطلقه فشمّل ما إذا جعل الطير مبيعاً أو ثمتاً. (البحر بزيادة)

(٤) قوله: "والحمل" أى لا يجوز بيع الحمل والنتاج والبيع فيهما باطل لنهى النبى ﷺ عن بيع الحبل وحبل الحبله، ولما فيه من الغرر. (البحر بزيادة)

(٥) قوله: "واللبن" ذكروا فى وجه فساد بيع اللبن فى الضرع أموراً، الأول أن فيه غرراً لأنه لا يدرى أنه لبن، أو انتفاخ، وقد نهى النبى ﷺ عن الغرر، والثانى: الاختلاف فى كيفية الحلب، فيؤدى إلى النزاع، والثالث: يجوز أن يحدث لبن قبل الحلب، فيختلط مال البائع بمال المشتري على وجه يعجز عن التخلص.

والرابع: ما رواه الشافعى رضى الله عنه عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه كان ينهى عن بيع اللبن فى ضرع الغنم والصوف على ظهرها. (الطحطاوى)

(٦) قوله: "واللؤلؤ" أى لا يجوز بيع اللؤلؤ إذا كان فى صدفه للغرر؛ لأنه لا يعلم وجوده،

هي اللقطة من النحل وغيره توضع عليها الأخشاب

والصوف^(١) على ظهر الغنم، والجذع^(٢) في السقف وذراع من

هو الصائد سواء كان في بر أو بحر بالجذر عطف على الميتة، هو بيع الثمر في رؤوس النخل بالتمر

ثوب، وضربة^(٣) القانص، والمزابنة^(٤) والملازمة^(٥) وإلقاء الحجر

أى ولا يجوز إجارتها. فم حيوان الصلى وأى يجوز بيعها

وثوب^(٦) من ثوبين والمراعى^(٧) وإجارتها والنحل^(٨) وبيع^(٩)

وينبغي أن يكون باطلا للعلة المذكورة، ويؤيده ما فى التنجيس: رجل اشترى لؤلؤه فى صدف، قال: أبو يوسف البيع جائز، وله الخيار، وقال محمد: البيع باطل، وعليه الفتوى. (الكشف مع زيادة)

(١) قوله: "والصوف" وإنما لم يجز بيعه؛ لأنه ينبت من أسفل يختلط المبيع بغيره، بخلاف القوائم؛ لأنها ترداد من أعلى، وقد صح: «أنه عليه السلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن اللبن فى الضرع وسمن فى لبن». (البحر بزيادة)

(٢) قوله: "والجذع" وإنما لم يجز بيع الجذع إذا كان فى السقف، وذراع من ثوب؛ لأنه لا يمكنه التسليم إلا بضرر يلزمه، سواء ذكر موضع القطع أو لم يذكر، ولا يقال هو بنفسه التزم الضرر؛ لأن الالتزام بدون العقد غير لازم، والعقد لم يوجب الضرر، فيمكنه الرجوع، فيتحقق النزاع، بخلاف ما إذا باع بعضاً معلوماً من نقرة فضة، حيث يجوز؛ لأن التبعض لا يضره.

ولو قلع البائع الجذع، أو قطع الثوب، وسلمه عاد صحيحاً إن كان قبل فسخ المشتري البيع لزوال المانع من الفساد، بخلاف ما إذا باع جلد الحيوان، وذبحه وسلمه حيث لا يعود صحيحاً؛ لأن الفساد فيه لعدم ملك له. (الزيلعى بزيادة)

(٣) قوله: "وضربة" أى لم يجز بيع ما يخرج من ضربة القانص، وهو بالقاف والنون الصائد، يقول: بعثك ما يخرج من إيقاع هذه الشبكة مرة بكذا، وقيل: بالعين والياء الغائص، قال فى تهذيب الأزهرى: نهى عن ضربة للغائص، وهو الغواص، يقول: أغوص غوصة، فما أخرجته من اللآلى فهو لك بكذا، وهو بيع باطل، لعدم ملك البائع المبيع قبل العقد، فكان غرراً للجهالة ما يخرج. (البحر)

(٤) قوله: "والمزابنة" أى ولا يجوز بيع المزابنة، وهو من إضافة الأعم إلى أخصه، ولا يسميهما بعض المتأخرين إضافة بيانية، وهى بيع تمر مجذوذ أى مقطوع بمثله على النخل حرصاً، أى تقديراً أو حرصاً، وقال الشافعى رضى الله عنه: يجوز بيع المزابنة فيما دون خمسة أوسق؛ لما فى الصحيحين عن داود بن الحصين عن أبى سفيان عن أبى هريرة: "أن النبى ﷺ رخص فى بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة أوسق - أو فى خمسة - شك داود، وقال: دون خمسة أو فى خمسة".

ولنا قوله ﷺ: «التمر بالتمر مثلاً بمثل»، وما على النخل تمر، فلا يجوز بيعه بالتمر إلا كذلك، وأما العرية التى فيها الرخصة فهى العطية دون البيع، وبه قال مالك، وتفسيرها أن يهب الرجل ثمرة نخلة من بستانه لإنسان، ثم يشق عليه الدخول فى بستانه كل يوم، ولا يرضى بالخلف فى الوعد، والرجوع فى الهبة، فيعطيه مكان ذلك تمرأ مجذوذاً بالحرص ليدفع به ضرره عن نفسه، وهذا جائز عندنا؛ لأن الموهوب لا يصير ملكاً للموهوب له ما دام متصلاً بملك، فما يعطيه من التمر لا يكون

عوضاً، بل هبة مبتدأة، وإنما سمي بيعاً مجازاً؛ لأنه في صورة، ثم ذلك المروى اتفق أنه كان أقل من خمسة أوسق، أو خمسة أوسق، فظن الراوى أن الرخصة مقصورة على ذلك القدر. (شرح النقاية ملخصاً)

(٥) قوله: "والملامسة" أى ولا يجوز بيع الملامسة ولا بيع إلقاء الحجر ولا بيع المنابذة؛ لأن فى كل واحد من هذه البياعات تعليق الملك بالخطر، وفيه معنى القمار، وقد كان فى الجاهلية يتساوم الرجلان السلعة، فإذا لمسها المشتري أو نبذها إليه البائع، أو وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع، فالأول الملامسة، والثانى المنابذة، والثالث إلقاء الحجر.

روى مسلم والبخارى من حديث أبى سعيد الخدرى: «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الملامسة والمنابذة فى البيع»، أو الملامسة لمس الرجل ثوب الآخر بيده بالقبول بالنهار، ولا يقبله لا بذلك، والمنابذة أن ينبذ الرجل إلى الرجل ثوبه، وينبذ الآخر إليه ثوبه، ويكون ذلك بيعهما من غير نظر، ولا تراضى. (شرح النقاية مع زيادة)

(٦) قوله: "وثوب" أى ولم يجز أيضاً بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع، وتقدم فى خيار الشرط أنه إذا جعل للمشتري خيار التعيين جاز فيما دون الثلاثة، فلذا أطلقه هنا. (البحر والعينى)

(٧) قوله: "والمراعى [جمع مرعى: وهو ما ترعاه الدواب]" أى لا يجوز بيع الكلا وإجارته، أما البيع فلا لأنه رد على ما لا يملكه لا شريك الناس فيه بالحديث: الناس شركاء فى ثلاث، فى الماء والكلا والنار، وأما الإجارة فلا لأنها عقدت على استهلاك عين مباح، واعقدت على استهلاك عين مملوكة بأن استأجره بقرة ليشرب لبنها لا يجوز، فهذا أولى، قيد بالمراعى بمعنى الكلا؛ لأن بيع رقبة الأرض وإجارته جائز. (البحر)

(٨) قوله: "والنحل" أى لم يجز بيعه، وهذا على قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى □ وقال محمد رحمه الله تعالى: لا يجوز إذا كان محرراً؛ لأنه منتفع به حقيقة، وغيرها يجوز بيعه، وإن كان لا يؤكل، كالبلغل والحمار، ولهما أنه من الهوام، فلا يجوز بيعه كالزناير، والانتفاع بما يخرج مهلاً بعينه، فلا يكون منتفعاً به قبل الخروج، أطلقه فشمّل ما إذا كان بيع بيعاً للكوارت، وفيها عمل، وهو قول الكرخى، وفى "الذخيرة": الفتوى على قول محمد رحمه الله تعالى. (البحر وشرح النقاية)

(٩) قوله: "وباع" أما الدود فلا يجوز بيعه عند أبى حنيفة رحمه الله؛ لأنه من الهوام، وعند أبى يوسف يجوز إذا ظهر فيه القر تبعاً، وعند محمد يجوز كيف ما كان؛ لكونه منتفعاً به، وأما بيضه فلا يجوز بيعه عند أبى حنيفة، وعندهما يجوز لمكان الضرورة، وقبل أبى يوسف مع أبى حنيفة، كما فى دوده، وإنما اختار المؤلف قول محمد فى الدود والبيض لكونه المفتى به، ولكن يرد عليه أن الفتوى على قول محمد أيضاً فى بيع النحل، كما فى "الذخيرة" و"الخلاصة"، فلم اختار قوله فى الدود دون النحل بلا مرجح، ولعله لم يطلع على أن الفتوى على قوله فيهما، وفى "المصباح": القر معرب، قال الليث: هو ما يعمل منه الإبريسم، ولهذا قال بعضهم: القر والإبريسم مثل الخنطة والدقيق، وأما الخز فاسم دابة ثم أطلق على الثوب المتخذ من وبرها، والجمع خزان، صيد بالنحل والدود؛ لأن ما سواهما من الهوام

دود القَزَّ وبيضه، والآبق^(١) إلا أن يبيعه ممن يزعم أنه عنده،
 ولبن^(٢) امرأة وشعر^(٣) الخنزير، وينتفع^(٤) به للخرز، وشعر^(٥)
 البائع عند أبي يوسف يكره ذلك، وهو الصحيح

كالحيات والعقارب والوزغ والقنافذ والضب لا يجوز بيعه اتفاقاً. (البحر)

(١) قوله: "والآبق [بالجر عطف على ما قبل دود القَز، أى لم يجوز أيضاً بيع العبد الآبق] ولا يجوز بيع الآبق لورود النهى إلا ممن يزعم أنه، أى الآبق عنده، فإنه حينئذٍ يجوز؛ لأن النهى عنه بيع آبق فى حق المتعاقدين، وهو غير آبق فى حق المشتري؛ ولأنه انتفى العجز لكونه مقبوضاً، وصرح بفساد هذا البيع فى الدر وغيره، لكن فى البحر صرح ببطلانه لانعدام المحلية، ولو باعه، ثم عاد من الإباق لا يتم ذلك العقد. (المجمع)

(٢) قوله: "ولبن" بالجر أى لم يجوز بيع لبن المرأة؛ لأنه جزء آدمى، وهو بجميع أجزائه مكرم مصون عن الابتدال بالبيع، أطلقه، فشمّل لبن الحرة والأمة، وهو ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف يجوز بيع لبن الأمة لجواز إيراد البيع على نفسها، فكذا على جزءها.
 قلنا: الزق حل نفسها فأما اللبن فلا رق فيه؛ لأن يختص بمحل يتحقق فيه القوة التى ضد وهى الحى، ولا حياة فى اللبن، فلا يكون محلاً للعتق، ولا للرق، فكذا البيع، فشمّل ما إذا كان فى إناء أولاً، والأولى أن يقيد مراده بما إذا كان فى وعاء، كما قيده فى "الهداية"؛ لأن حكم اللبن فى الفرع قد تقدم. (البحر)

(٣) قوله: "وشعر" أى لم يجوز بيعه إهانة له، لكونه نجس العين، كأصله، فالبيع هنا لو جاز لكان إعزازاً، وقد أمرنا بالإهانة، وفى لبن المرأة لو جاز لكان إهانة لها، وقد أمرنا بإعزاز آدمى، فالفعل الواحد وهو البيع هنا يجوز إن آخر مثلاً إذ أمر السلطان بعض العلما بالوقوف عند الفرس بحضرته، كان إعزازاً له، ولو أمر القاضى بذلك كان إهانة له، وحاصله أن جواز بيع المهان إعزاز له، وجواز بيع المكرم إهانة له. (البحر)

(٤) قوله: "وينتفع" أى يجوز الانتفاع بشعر الخنزير دفعاً لما يتوهم من منع بيعه، ولكنه مقيد بالخرز للضرورة، فإن ذلك العمل لا يتأتى بدونه، ويوجد مباحاً فلا حاجة إلى القول بجواز بيعه وشراءه حتى لو لم يوجد لم يكره شراءه للأساكفة للحاجة، وكره بيعه لعدمهما، كما أفتى به الفقيه أبو الليث، وظاهر كلامهم منع الانتفاع به عند عدم الضرورة، بأن أمكن الخرز بغيره، ولذا قيل: لا ضرورة إلى الخرز به لإمكانه بغيره، وكان ابن سيرين لا يلبس خفا حرز بشعر الخنزير فعلم هذا لا يجوز، ولا الانتفاع به. (البحر)

(٥) قوله: "وشعر" أى ولم يجوز أيضاً بيع شعر الإنسان، ولا الانتفاع به؛ لأن آدمى مكرم بجميع أجزائه يتقيل. (الكشف والزيلعى)

أيضاً.

الإنسان، والانتفاع به، وجلد^(١) الميتة قبل الدبغ، وبعده يُباع

بالضم معروف

إلا جلد إنسان وخنزير وحيه كما يجوز بيع عظم

وينتفع به، كعظم^(٢) الميتة وعصبتها وصوفها وقرنها ووبرها^(٣)،

أى ولا يجوز بيع المسيل وهبته

أى ولم

وعلو^(٤) سقط والمسيل^(٥) وهبته وأمة^(٦) تبين أنه

(١) قوله: "وجلد" أى ولم يجز أيضاً بيع جلد الميتة قبل دبغه لحرمه الانتفاع به؛ لقوله عليه السلام: «لا ينتفعن المص الميتة بإهاب»، وهو اسم لغير المدبوغ، وأما بعد الدبغ فيباع وينتفع به لطهارته؛ لما فى الصحيح مسلم عن ابن عباس قال: "تصدق على مولاة للميمونة بشاة فماتت فمر بها رسول الله ﷺ فقال: هلا أخذتم إهابها فدبغتموه، فانتفعتم به، فقالوا: إنها ميتة، فقال: إنما حرم أكلها". (شرح النقاية زيادة)

(٢) قوله: "كعظم" أى يجوز بيعها والانتفاع بها؛ لأنها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة، والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد، وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه، وينتفع به، ويجوز بيع القرد على المختار. (البحر بحذف)

(٣) محركة الواو أى: صوف الإبل والأرانب ونحوها.

(٤) قوله: "وعلو" أى لم يجز بيع علو بعد انهدامه؛ لأن الباقي بعد سقوطه حتى التعلی، وهو ليس بمال؛ لأن المال ما يمكن إحرازه، والمال هو المحل للبيع، بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعاً للأرض باتفاقات الروايات، ومفرداً فى رواية، وهو اختيار مشايخ بلخ؛ لأنه حظ من الماء، ولهذا يضمن بالإتلاف، وله قسط من الثمن. (البحر)

(٥) قوله: "والمسيل" فى "الهداية": بيع الطريق وهبته جائز، وبيع مسيل الماء وهبته باطل، والمسألة تحتل وجهين: بيع رقية الطريق والمسيل، وبيع حق المرور والتسيل، فإن كان المراد الأول فوجه الفرق بين المسألتين أن الطريق معلوم؛ لأن له طولاً عرضاً معلوماً، أما المسيل فمجهول؛ لأنه لا يدرى قدر ما يشغله من الماء، وإن كان الثانى ففى بيع حق المرور روايتان، وجه الفرق على أحدهما بينه وبين حق التسيل أن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم، وهو الطريق وأما المسيل على السطح فهو حق التعلی، وعلى الأرض مجهول لجهالة محله، ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلی على إحدى الروايتين أن حق التعلی يتعلق بعين لا تبقى، وهو البناء، فأشبهه المنافع، أما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الأرضية، فأشبهه الأعيان. (البحر)

(٦) قوله: "وأمة" أى لو اشترى أو باع شخصاً على أنه أمة، فتبين أنه عبد، أو على أنه عبد فتبين أنه أمة، لم يجز البيع استحساناً، والقياس جوازه، وهو قول زفر؛ لأن الاختلاف بالذكورة والأنوثة اختلاف بالوصف؛ لأنهما صنفان فى الحيوان، واختلاف يوجب الخيار لا الفساد، وكما فى البهائم، وجه الاستحسان الذكر والأنثى من بنى آدم جنسان لتفاض التفات فى المقاصد، فإن المقصود من العبد الاستخدام خارج الدار، ومن الأمة الاستخدام داخل الدار، كالأستفراش والاستخدام وغيرهما،

هو ما لو اشترى عبداً فإذا هي أمة. أي بأقل من الثمن ف أي قبل أن يقبض البائع الثمن
 عبد، وكذا عكسه وشراء^(١) ما بأقل من الثمن قبل النقد، وصح^(٢)
 أي إلى المشتري بفعل المراهط على ما لا يجوز من البيوع
 فيما ضم إليه، وزيت^(٣) على أن يزنه بظرفه، وي طرح عنه
 مكان كل ظرف خمسين رطلاً، وصح لو شرط أن يطرح عنه^{المشتري}

فباختلاف المقاصد صار جنسين مختلفين. (الزيلعي والمجمع)

(١) قوله: "شراء [أي ولم يجز أيضاً شراء... إلخ]" أي ولا يجيز شراء البائع لنفسه أو لغيره من المشتري إلا من وكيل، أو من وارثه ما باع بثمان حال أو مؤجل بنفسه، أو بوكيله بأقل مما باع قبل نقد ثمنه الأول إن كان المبيع لم ينقص ذاته، واتحد الثمنان جنساً. ومعناه أنه لو باع شيئاً، وقبضه المشتري، ولم يقبض البائع الثمن، فاشتره بأقل من الثمن الأول لا يجوز، وقال الشافعي: يجوز؛ لأن الملك ثم يقبض المبيع، فصار شراء البائع بأقل كشراء غيره به، كشراء بمثل الثمن الأول، أو بأكثر منه.

ولنا ما روى عبد الرزاق في "مصنفه" عن معمر، والثوري عن أبي إسحاق السبعي عن امرأة أنها دخلت على عائشة في نسوة، فسألتها امرأة فقالت: يا أم المؤمنين: كانت لي جارية فبعتها من زيد بن أرقم بثمانمائة إلى العطاء، ثم ابتعتها منه بسبعمائة، فتقدمت الست مائة، وكتبت عليه ثمانمائة، فقالت عائشة: بش ما اشتريت وبش ما اشتري، أخبرني زيد بن أرقم أنه أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب، فقالت المرأة لعائشة: أرايت إن أخذت رأس مالي، ورددت عليه الفضولي، فقالت عائشة: نص عليهم وعظمة من ربه، فانتهى فله ما سلف.

فهذا الوعيد الشديد يدل على فساد هذا العقد، وإلحاق هذا الوعيد بهذا الصنع الأكيد لا يهتدى إليه العقل، فدل ذلك على أنها قالت سماعاً، وقال ابن الجوزي: قالوا: العالية امرأة مجهولة لا يقبل خبرها، قلنا: بل هي معروفة جلييلة القدر، ذكرها ابن سعد في "الطبقات". (شرح النقاية والزيلعي)

(٢) قوله: "وصح" أي صح البيع فيما ضم إلى المشتري -بفتح الراء- (عز) بأن اشترى مثلاً جاريةً بألف، ثم باعها وأخرى معها بألف من البائع قبل نفذ الثمن جاز البيع في التي لم يشتريها من البائع، ويفسد في الأخرى؛ لأنه لا بد أن يجعل الثمن بمقابلة التي لم يشتريها منه، فيكون مشترياً للأخرى بأقل مما باع، وهو فاسد لا يشيع الفساد؛ لأنه ضعيف فيها لكونه مجتهداً فيه حتى لو قضى القاضي بجوازه صح. (الزيلعي)

(٣) قوله: "وزيت" أي لا يجوز بيع زيت كل رطل بدرهم على أن يزنه بظرفه، وي طرح عن الزيت الموزون مكان كل ظرف خمسين رطلاً، ويجوز إن شرط أن يطرح بوزن الظرف؛ لأن الشرط الأول لا يقتضيه العقد، والثاني يقتضيه، وهذا لأن مقتضى العقد أن يخرج عنه وزن الظرف، فإذا طرح خمسين مثلاً يحتمل أن يكون أكثر من الظرف، أو أقل، إذا عرف أن وزنه خمسون رطلاً حينئذ يجوز؛ لأنه يقتضيه العقد. (الزيلعي)

المتبايعان أى فى وزن الزق تعينه لأن ينكر الزيادة

بوزن الظرف، وإن^(١) اختلفا فى الزق، فالقول للمشتري، ولو
مسلم أى أو أمره بيع خمر. عطف على ما يجوز من البيوع فيما مضى
أمر ذمياً بشراء خمر، أو بيعها صح^(٢)، وأمة^(٣) على أن
يُعتق المشتري، أو يُدبر، أو يُكاتب، أو يستولد، إلا^(٤) حملها،

(١) قوله: "وإن" بيانه أنه لو اشترى ثمنًا فى زق فرد المشتري الزق، وهو عشرة أرتال، فقال
البائع: الزق غير هذا، وهو كان خمسة أرتال، فالقول قول المشتري مع يمينه؛ لأنه إن اعتبر اختلافًا فى
تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمناً كان أو أميناً، وإن اعتبر اختلافًا فى الثمن فهو فى الحقيقة
اختلاف فى الثمن، فيكون القول للمشتري؛ لأنه ينكر الزيادة، وإذا برهن البائع قبلت بيئته. (الزيلعى
والبحر)

(٢) قوله: "صح" وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وقالوا: لا يجوز لهما؛ لأن المؤكل لا
يوليه غيره؛ ولأبى حنيفة أن العاقد هو الوكيل بأهليته ولاية، وانتقال الملك إلى الأمر أمر حكيمى، فلا
يمنع بسبب الإسلام، ألا ترى أنه يملك الخمر والخنزير بالإرث بأن كان للذمى فأسلم فمات قبل أن يسبب
الخنزير، ويخلل الخمر، يرثه ورثته المسلمون، بخلاف توكيل المسلم المجوسى أن يزوجه المجوسية؛ لأنه
سفير ومعبر فيه، فيكون مضافاً إلى المؤكل، وقولهما: إنه لا يليه فلا يوليه غيره، منقوض بمسائل:
منها: أن رجلاً لو توكل عن غيره بشراء عبد بعينه، لا يملك أن يشتريه لنفسه، فلو وكل من يشتريه له،
فاشتراه له ملكه، وقد روى عن أبى حنيفة أن هذه الوكالة تكره أشد ما يكون من الكراهة، وهى ليس إلا
كراهة التحريم، فأى فائدة فى الصحة. (الزيلعى والبحر)

(٣) قوله: "وأمة" أى لا يجوز بيع أمته على أن يفعل بها المشتري شيئاً من هذه الأشياء؛ لنهيها عليه
السلام عن بيع وشرط، والأصل فيه أن كل شرط لا يقتضيه العقد، وهو غير ملائم له، ولم يرد الشرع
بجوازه، ولم يجر التعامل فيه، وفيه منفعة لأهل الاستحقاق مفسد لما رويناه، فإن شرط فيه ما يقتضيه
العقد كشرط الملك للمشتري، أو شرط فيه الملائم للعقد كالرهن، والكفالة جاز؛ لأنهما للتوثقة
والتأكيد لجانب الاستيفاء والمطالبة، لأن استيفاء الثمن مقتضى العقد، ومؤكده ملائم له إذا كان
معلومًا، بأن كان الرهن والكفالة معينين، أو شرطاً فيه ما ورد الشرع بجوازه، كالخيار والأجل، أو
شرط فيه ما جرى التعامل بين الناس، كشراء النعل على أن يحذوها البائع، أو يشركها أو شرط فيه ما لا
منفعة فيه لأهل الاستحقاق هو البائع والمشتري والمبيع والأدنى والأجنبى، لا يفسد البيع لورود الشرع
به، أو التعامل، أو لكونه ملائماً وما عدا ذلك من الشروط مفسد لما فيه من زيادة عرية عن العوض،
فيفضى إلى الربا. (الزيلعى)

(٤) قوله: "ولا" أى لا يجوز بيع أمة إلا حملها؛ لأن ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناءه
منه، والحمل لا يجوز إفراده بالبيع، فكذا استثناءه؛ لأنه بمنزلة الأطراف، فكان شرطاً فاسداً، وفيه
مشقة للبائع فيفسد البيع. (الزيلعى)

أى لو باع على أن يستخدم أى أو باع داراً... إلخ البائع فيه شهراً مثلاً
 أو يستخدم البائع شهراً، أو داراً على أن يسكن، أو يقرض
 للمشتري درهمًا، أو يهدي له، أو لا يسلمه إلى كذا، وثوب
 على أن يقطعه البائع، ويخيطه^(١) قميصاً، وصح^(٢) بيع نعل
 على أن يحذوه^(٣)، أو يشركه^(٤)، لا^(٥) البيع إلى النيروز
 والمهرجان^(٦) وصوم النصارى، وفطر اليهود إن لم يدر
 العاقدان ذلك، وإلى^(٧) قدوم الحاج والحصاد
 والدياسة^(٨) والقطاف، ولو كفّل إلى هذه الأوقات صح^(٩).

(١) قوله: "ويخيطه" أى يفسد البيع فى جميع هذه الصور؛ لأن هذه الشروط لا يقتضيها العقد، وفيه منفعة لأحدهما. (عز)

(٢) قوله: "وصح" والقياس فساد ما فيه من النفع للمشتري مع كون العقد لا يقتضيه، وما ذكره جواب الاستحسان للتعامل فى الخروج عن العادة حرج بين بخلاف اشتراط خياطة الثوب لعدم العادة، فبقى على أصل القياس. (البحر)

(٣) أراد به الصرم، وهو تسمية الشيء باسم ما يؤول إليه.

(٤) من الشريك وهو وضع الشراك على النعل، وهو السير الذى على ظهر القدم.

(٥) قوله: "لا" يعنى لا يجوز البيع إلى هذه الآجال؛ لأنها مجهولة، فتفضى إلى المنازعة، إلا إذا كانا يعرفانه لكونه معلوماً عندهما، أو كان التأجيل إلى فطر النصارى بعد ما شرعوا فى صومهم بالأيام؛ لأن صومهم بالأيام معلوم، فلا جهالة فيه. (البحر والزيلعى)

(٦) بكسر الميم وسكون الهاء كلمتان ومعناهما بعد التركيب محبة الروح. (ط)

(٧) قوله: "وإلى" أى لا يجوز البيع إلى هذه الآجال؛ لأنها تتقدم وتتأخر. (البحر)

(٨) أصله بالواو؛ لأنه من الدرس، قلبت الواو ياء لكسرة ما قبلها، وهو وطاء المحصور بقوائم الدواب فى اليدر. (الطحطاوى)

(٩) قوله: "صح" أى تصح الكفالة إلى هذه الأوقات؛ لأن الجهالة اليسيرة متحملة فى الكفالة، وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة فيها، ولأنه معلوم الأصل، ألا ترى أنها تحتل الجهالة

المشتري المصروب إلى هذه الأوقات ^{البيع} في البيع ^و وإن^(١) أسقط الأجل قبل حلوله صح، ومن جمع بين حر
 أى أو جمع بين شاة... إلخ
 وعبد، أو بين شاة ذكية وميتة بطل^(٢) البيع فيهما^(٣)، وإن جمع
 أى أو جمع... إلخ
 بين عبد ومدبر، أو بين عبده وعبد غيره، أو بين ملك ووقف

فى أصل الثمن، بأن تكفل بما ذاب على فلان، ففى الوصف أو لا بخلاف البيع، فإنه لا يحتملها فى أصل الثمن، فكذا فى وصفه، قيد بهذه الأوقات لأنه لو كفل إلى هبوب الريح، فهى باطلة؛ لأنها متفاحشة. (البحر والمجمع)

(١) قوله: "وإن" أى لو باع إلى هذه الآجال ثم أسقط المشتري الآجال قبل أن يأخذ الناس فى الحصاد والدياس، وقبل قدوم الحاج، جاز البيع؛ لأن الفساد كان للمنازعة، وقد ارتفع قبل تقررره، وهذه الجهالة فى شرط زائد لا فى صلب العقد، فيمكن إسقاطه، بخلاف بيع الدرهم بالدرهمين لا ينقلب صحيحاً بإسقاط الدرهم الزائد؛ لأن الفساد فى صلب العقد، وبخلاف إسقاط الأجل فى النكاح المؤقت، لكونه متعة وهو غير عقد النكاح. (البحر والزيلعى)

(٢) قوله: "بطل" إلى قوله الملك، أما الأول فهو قول أبى حنيفة، وقال: يصح إن سمي لكل واحد ثمنًا، وأفسد البيع زفر فى الكل، فالأصل عنده أنه إذا جمع بين حل وحرام، فإنه يفسد فى الكل، فصل أولاً وقاس الثانى على الأول، إذ محلية البيع منتفية بالإضافة إلى الكل. ولهما أن الفساد بقدر الفساد، فلا يتعدى إلى القرن، كمن جمع بين أجنبية وأخته فى النكاح، بخلاف ما إذا لم يسم ثمن كل واحد منهما للجهالة.

ولأبى حنيفة وهو الفرق بين الفصلين أن الحر لا يدخل تحت العقد أصلاً؛ لأنه ليس بمال، والبيع صفقة واحدة، فكان القبول فى الحر شرطاً للبيع فى العبد، وهذا شرط فاسد، بخلاف النكاح؛ لأنه لا يبطل بالشروط الفاسدة، أما البيع فى هؤلاء فموقوف، وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية، ولذا ينقذ فى عبد الغير بإجازته، وفى المكاتب برضاه فى الأصح، وفى المدبر بقضاء القاضى، وكذا فى أم الولد عند أبى حنيفة وأبى يوسف إلا أن المالك باستحقاقه المبيع، وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع، فكان هذا إشارة إلى البقاء.

كما إذا اشترى عبدين، وهلك أحدهما قبل القبض، وهذا لا يكون شرط القبول فى غير المبيع، ولا بيعاً بالحصّة ابتداء، ولهذا لا يشترط بيان لثمن كل واحد فيه، وفيما إذا جمع بين ملك ووقف روايتان، وما ذكره المؤلف هو الصحيح؛ لأن الوقف مال، وهذا ينتفع به انتفاع الأموال غير أنه لا يباع لأجل حق تعلق به، وذلك لا يوجب فساد العقد فيما ضم إليه كالمدبر. (البحر ملخصاً)

(٣) أى فى الحر والعبد، أو فى الشاة الذكية والميتة.

البيع بالحصّة من الثمن فيما إذا جمع عبده ومديره

صح في القن وعبده^(١) والمملك^(٢).

في البيع الفاسد

فصل^(٣)

وقبل القبض لا يفيد المملك

احتراز عن الباطل، فإنه لا يفيد المملك.

وإذا قبض^(٤) المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر

فعليه التوبة منها حاله

أى عوضى البيع، وهما الثمن والمبيع

البائع^(٥)، وكل من عوضيه مال ملك المبيع

يوم قبضه لو قيمًا، ويمثله لو مثليًا (ك ف د)

أى من المتبايعين في البيع الفاسد.

بقيمته، ولكل^(٦) منهما فسخه^(٧) إلا^(٧) أن

(١) أى وصح أيضًا في عبده فيما إذا جمع بين عبده وعبد غيره.

(٢) أى وصح أيضًا في المملك فيما إذا جمع بين ملك ووقف.

(٣) قوله: "فصل" لما ذكر البيع الفاسد والباطل ذكر حكمهما عقبيهما؛ لأن حكم الشيء أثره، وأثر الشيء يتبعه وجودًا، وكذا يتبعه ذكرًا للمناسبة. (المجمع)

(٤) قوله: "قبض" معناه أنه إذا قبضه ملكه ولزمه قيمته إذا كان القبض بأمر البائع، وفي العقد عوضان، وكل واحد منهما مال، وقال مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله: لا يملكه؛ لأن البيع الفاسد محظور لكونه منبها عنه، والنهي يقتضى التحريم، والمملك نعمة لكونه ذريعة إلى قضاء المأرب، ووسيلة إلى درك المطالب، والنعمة لا تناط بالمحظور لاشرط الملازمة بين المناط والمناط به.

ولنا أن ملزوم المملك وهو البيع تحقق، فيتحقق المملك؛ لأن البيع الفاسد بيع حقيقة لصدور ركنه، وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي من أهل، فإن أهل الشيء من يكون قادرا عليه، وهو قادر عليه لتدفع به حاجته مضافًا إلى محل قابل لحكمه، إذ الكلام فيه، فيترتب حكمه، وهو المملك والنعمة أى المملك ما أنيطت بالمحظور، بل بالبيع، وهو غير محظور، إنما المحظور ما يتصل به من الشرط الفاسد ونحوه، كما في البيع وقت النداء، فإن النهي ورد فيه لمعنى فى غير البيع، وهو الاشتغال عن السعى بسبب البيع، والاشتغال عن السعى غير البيع، وإنما شرط أن يكون كل من عوضيه مالا ليثبت ركن البيع، وهو مبادلة المال بالمال يشترط أيضًا أن لا يكون للبائع خيار الشرط؛ لأن شرط الخيار يمنع المملك فى البيع الجائز، ففي الفاسد أولى، وإنما لم يطى الجارية ولا أكل الطعام؛ لأن فى كل منهما أعراضًا عما هو واجب عليه، وهو الرد. (شرح النقاية والزيلعى)

(٥) المراد به إذنه؛ لأنه بغير إذنه لا يفيد المملك.

(٦) قوله: "ولكل" أى يجوز لكل من البائع والمشتري فى البيع الفاسد فسخه رفعًا للفساد.

(البحر)

(٧) قوله: "إلا" استثناء من المملك، وشروع فيما يمنع الرد والفسخ، وههنا صور: الأولى: أنه

الذي اشتراه بالبيع الفاسد.

يبيع المشتري، أو يهب^(١) أو يُحرر^(٢) أو يبنى^(٣)، وله^(٤) أن

إذا تفاسخا بعد قبض العوضين

يمنع المبيع عن البائع حتى يأخذ الثمن منه، وطاب^(٥) للبائع

الذي ربح في البيع الفاسد أى لا يطيب للمشتري ما ربح

ما ربح لا للمشتري، ولو ادعى على آخر دراهم فقضاها إياه

اشترى رجل شيئاً شراءً فاسداً ثم باع ما شراه بيعاً تاماً صحيحاً - قيد به صاحب التنوير - . (مجمع)
والثانية: أنه أعتق المشتري شراءً فاسداً العبد بعد قبضه، وكذا حكم توابع الإعتاق من التدبير
والاستيلاء والكتابة.

والثالثة: أنه وهبه المشتري وسلمه يرتفع الفساد في جميع هذه الصور، وسقط لكل من البيع
والإعتاق والهبة حق الفسخ الذي كان للبائع؛ لأن المشتري ملك المبيع بالقبض، فنقد فيه تصرفاته
المذكورة، وينقطع به حق البائع في الاسترداد، ولأنه تعلق به حق العبد، والفسخ لحق الشرع، وما
اجتمع حق الله تعالى وحق العبد إلا وقد غلب حق العبد لحاجته، وغناء الله تعالى. (محمد إعزاز على
رحمه الله)

(١) بأن كان عبداً مثلاً فوهبه لشخص.

(٢) بأن كان المبيع عبداً فأعتقه.

(٣) المشتري بأن كان عقاراً فبنى فيه.

(٤) قوله: "وله" يعنى إذا تفاسخا بعد قبض العوضين كان للمشتري أن يحبس المبيع حتى يردّ
البائع الثمن الذي قبضه؛ لأن المبيع مقابل به، فيصير محبوساً به كالرهن، أشار المؤلف إلى أن البائع إذا
مات كان المشتري أحق به حتى يستوفى الثمن؛ لأنه يقدم عليه حياته، فكذا على ورثته وغرماءه بعد
وفاته كالراهن. (البحر والزيلعي)

(٥) قوله: "وطاب" أى لو اشترى شيئاً يتعين بالتعيين بما لا يتعين كالدرهم والدنانير، وربح كل
واحد منهما طاب للبائع، وربح فى الثمن، ولم يطب للمشتري ما ربح فى المبيع؛ لأن العقد يتعلق بما
يتعين، فيتمكن الخبث فيه، ولا يتعلق العقد الثانى بما لا يتعين، بل يجب مثله فى الذمة، فلم يتمكن
الخبث فيه، فلا يجب التصديق به حتى لو اشترى أمة شراءً فاسداً بألف درهم، وتقابضا وربح كل واحد
منهما فيهما، قبض طاب للبائع ما ربح فى الثمن، ولم يطب للمشتري ما ربح فى الأمانة مما يتعين،
فيتعلق العقد بعينها، فيتمكن الخبث فى ربحها، فيتصدق به، والدرهم والدنانير لا يتعينان فى العقود،
فلا يتعلق بعينها، فلا يتمكن الخبث، وربحهما هذا فى الخبث لفساد الملك، وإن كان الخبث لعدم
الملك، ففيه خلاف مذكور فى "المطولات". (الزيلعى وشرح النقاية مع تغيّر ومحمد إعزاز على رحمه
الله)

أى المدعى والمدعى عليه أى المدعى عليه
ثم تصادقا أنه لا شيء له عليه^(١) طاب له^(٢) ربحه^(٣).

فصل^(٤)

أى وكره تحريمًا أى وكره تحريمًا
وكره^(٥) النجش^(٦) والسوم^(٧) على سوم غيره، وتلقى
أى وكره أيضًا
الجلب^(٨)، وبيع^(٩) الحاضر للبادى، والبيع^(١٠) عند آذان الجمعة،
أى لا يكره
لا^(١١) بيع من يزيد، ولا يفرق^(١٢) بين صغير وذى رحم محرم
كالأب والابن والأم

(١) من ملك الدراهم التى ادعى بها عليه .

(٢) قوله : " طاب له ربحه " لأن الخبث لفساد الملك ههنا ؛ لأن الدين وجب بالتسمية ، ثم استحق بالتصادق ، وبذل المستحق مملوك ، فلا يعمى فيما لا يتعين ، ألا ترى أنه لو باع عبداً بجارية ، فأعتقه المشتري ، ثم استحققت الجارية ، لا يبطل العتق فى العبد ، ولو لا أنه مملوك لبطل لأنه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم . (البحر)

(٣) أى للمدعى الذى قبض الدراهم وربح فيها .

(٤) قوله : " فصل " لما كان المكروه أوفى درجة من الفاسد ، ولكنه شعبة من شعبه ، ألحق بالفاسد وأخره عنه . (المجمع)

(٥) فى بيان أحكام تصرفات البائع والمشتري فى الثمن والمبيع وفيما يكره من البيوع وما لا يكره . (العينى)

(٦) قوله : " النجش " وهو بفتحيتين وبسكون الجيم أيضاً ، أن يزيد الثمن بأكثر من ثمن المثل ، ولا يريد الشراء لثرب غير ، وإنما كره لقوله عليه الصلاة والسلام : لا تناجشوا ، رواه فى " الصحيحين " ، والنهى فيما إذا طلب الراغب بمثل الثمن ، وإلا فلا بأس . (محمد إعزاز غفر له)

(٧) قوله : " والسوم " أى وكره السوم أى الاستشراء بثمن كثير على سوم غيره ، أى الاستشراء غيره بثمن قليل إذا رضى طرف السوم بثمن معلوم ، ولم يبقَ بينهما إلا العقد ، قال عليه الصلاة والسلام : « لا يستام الرجل على سوم أخيه » ، والحديث فى " الصحيحين " ، ولأن فى ذلك إحاشاً ، وإضراراً ، وهذا إذا تراضيا على مبلغ ثمن ، وأما إذا لم يركن أحدهما إلى الآخر ، فهو بيع من يزيد ، فلا بأس . (المجمع والكشف)

(٨) قوله : " وتلقى الجلب " صورته : أن واحداً من المصر أخبر بمجيء قافلة عظيمة ، وأهل المصر فى قحط وجذب ، فتلقى ذلك الواحد ويشتري منهم جميع ما يمتارون ، ويدخل المصر ويبيعه على ما يريد من الثمن ، ولو تركهم فأدخلوا ميرتهم بأنفسهم وباعوها من أهل المصر بتفرقة توسع أهل المصر

حيث يجوز التفريق بينهما^١
 منه، بخلاف^(١) الكبيرين والزوجين.

بذلك، فإذا كان الأمر كما وصفنا فهو مكروه، وإن كان أهل المصر لا يتضررون بذلك فلا يكره، وفي "الصحيحين": "نهى النبي ﷺ عن تلقى الجلب وأن يبيع حاضر لباد". (الشلبى) وفي الزيلعى: "إن كان لا يضرهم فلا بأس به إلا إذا لبس السعر على الواردين".

(٩) قوله: "وبيع" أى وكره تحريماً بيع الحاضر للبادى لما تقدم من النهى، وهو مقيد، كما فى "الهداية" بما إذا كان أهل البلد فى قحط وعوز، وهو يبيع من أهل البلد طمعاً فى الثمن العالى لما فيه من الإضرار بهم، أما إذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام الضرر، وفسره فى الاختيار بأن يجلب البادى السلعة فيأخذها الحاضر ليبيعهها له بعد وقت بأعلى من السعر الموجود وقت الجلب أه، فعلى الأول الحاضر مالك بائع، والبادى مشتر، وعلى الثانى الحاضر سمسار، والبادى صاحب السلعة، ويشهد للثانى آخر الحديث: "دعوا الناس يرزق الله بعضهم بعضاً". (البحر والطائى)

(١٠) قوله: "والبيع" أى وكره البيع وقت نداء الجمعة لقوله تعالى: ﴿وَدَرُّواَ الْبَيْعَ﴾ ولأن فيه إخلالاً بالواجب، وهو السعى إذا قعد للبيع، أو وقّاله، قيل: ولو تبايعا وهما يمشيان لا بأس به، وهذا مشكل، فإن الله تعالى قد نهى عن البيع مطلقاً، ثم المعتبر هو النداء الأول إذا وقع بعد الزوال على المختار، وإنما كره البيع فى جميع هذه الصور، ولم يفسد خلافاً للمالك؛ لأن النهى عنها لمجاور للبيع، لا فى صلبه، ولا فى شرط صحته، والنهى الوارد لمعنى مجاور لا يقتضى الفساد بل يقتضى الكراهة. (شرح النقاية)

(١١) قوله: "لا" أى لا يكره؛ لأنه عليه الصلاة والسلام باع قدحاً وبالتحريك إناء يروى الرجلين أو اسم يجمع الكبار والصغار، وحلسار - بالكسر ويحرك - كساء على ظهر البعير تحت البرذعة، ويسط تحت والثياب فى البيت يبيع من يزيد، رواه أصحاب السنن الأربعة. (الكشف بتغير)

(١٢) قوله: "ولا يفرق" لقوله عليه الصلاة والسلام: «من فرق بين والدته ولدها فرق الله بينه وبين أحبه يوم القيامة»، رواه الترمذى وقال: حسن غريب، ولأن الصغيرين يستأنسان، والكبير يتعهاد الصغير، وفى بيع أحدهما يفوتان، وفيه ترك الرحمة على الصغار، وقد أوعده عليه، ثم النص معلول بالقرابة المحرمة للنكاح؛ لأنه معلول بالاستئناس والتعاهد، وهما يكونان بالقرابة المحرمة، وإلحاق سائر المحارم بالأخوين والوالد بالوالدة بالدلالة، فلا يدخل فى محرم غير قريب ولا قريب غير محرم، فالأول كالمحرم بالرضاع، والثانى كابن العم. (الكشف بتغير)

ويصح البيع هنا أيضاً؛ لأن النهى لمعنى فى غيره، وهو ما فيه من إيحاش الصغير، فلا يوجب الفساد، لكن يأتى البائع لارتكابه النهى. (المجمع)

(١) قوله: "بخلاف" لأنه ليس فى معنى ما ورد به النص، وقد صح أنه ﷺ فرق بين مارية وسيرين، وكانتا كبيرتين أختين، ولا يدخل الزوجان؛ لأن النص ورد على خلاف القياس، فيقتصر على مورده. (البحر)

باب (١) الإقالة (٢)

هى فسخ^(٣) فى حق المتعاقدين بيع فى حق ثالث، وتصح^{كاشف} كاشف^{جديد} أى إزالة المبيع (م م)

(١) قوله: "باب" مناسبة الباب بباب البيع الفاسد من حيث إن فى كل منهما يرجع المبيع إلى البائع، أو نقول لما كانت الإقالة فسخاً للبيع، وهو يقتضى سابقة البيع، والبيع الفاسد بيع ناسب أن يذكر الإقالة عقبه. (الشلبى)

(٢) قوله: "الإقالة" الإقالة لغة: الرفع مطلقاً من القيل، وقيل: من القول والهمزة للسلب، أى إزالة القول الأول، وهو ما جرى بينهما من البيع، كأشكى إذا زال شكواه، وهو مردود بوجوه ثلاثة: الأول: أنهم قالوا: قلته البيع - بالكسر - ولو كانت مشتقة القول لقيل: قلته - بالضم -. الثانى: مجىء مصدره بالياء دون الواو، قال فى "مجموع اللغة"، قال: البيع قبلاً فسخه... إلخ، والمصدر من الأمور التى يستدل بها على أصل الكلمة، الثالث: أن أهل اللغة كصاحب "الصحاح" والقاموس وغيرهما ذكروها فى مادة ق ي ل، لا فى مادة ق و ل، وكفى بهم قدوة فى الباب، وهى شرعاً: رفع عقد البيع غير السلم، فإنه ليس بفسخ. (محمد إعزاز على رحمه الله)

(٣) قوله: "فسخ" هذا عند أبى حنيفة إلا إن تعذر جعلها فسخاً بأن ولدت المبيعة بعد القبض، أو هلك المبيع، فإنها تبطل ويبقى البيع على حاله، أطلقه فشمّل ما إذا كان قبل القبض أو بعده، وقال أبو يوسف: هى بيع إلا إن تعذر بأن كانت قبل القبض، ففسخ إلا إن تعذر فتبطل بأن كانت قبل القبض فى المنقول بأكثر من الثمن الأول، أو بأقل منه، أو بجنس آخر، أو بعد هلاك المبيع. وقال محمد: هى فسخ إلا إن تعذر بأن تقايلاً بأكثر من الثمن الأول، أو بخلاف جنسه، أو ولدت المبيعة بعد القبض فبيع إلا إن تعذر بأن كانت قبل القبض بأكثر من الثمن الأول، فتبطل.

وفائدة كونها فسخاً فى حقهما عنده تظهر فى خمس مسائل: الأولى: وجوب رد الثمن الأول وتسمية خلافه باطل، الثانية: أنها لا تبطل بالشروط المفسدة، ولكن لا يصح تعليقها بالشروط، كأن باع ثوراً من زيد، فقال: اشتريته رخيصاً، فقال زيد: إن وجدت مشترياً بالزيادة فبعه منه، فوجد فباع بأزيد لا ينعقد البيع الثانى؛ لأنه تعليق الإقالة لا الوكالة بالشروط.

الثالثة: إذا تقايلاً ولم يرد المبيع حتى باعه منه ثانياً جاز، ولو كانت بيعاً للفسد، وهذه حجة على أبى يوسف؛ لأن البيع جائز بلا خلاف بين أصحابنا إلا أن يثبت عنه الخلاف فيه، ولو باع من غير المشتري لم يجز لكونه بيعاً جديداً فى حق ثالث.

والرابعة: إذا وهب المبيع فى المشتري بعد الإقالة قبل القبض جازت الهبة، ولو كانت بيعاً لا نفسخ؛ لأن البيع يفسخ بهبة المبيع للبائع قبل القبض، والخامسة: لو كان المبيع مكيلاً أو موزوناً وقد باعه منه بالكيل أو الوزن، ثم تقايلاً واسترد المبيع من غير أن يعيد الكيل أو الوزن جاز قبضه، وهذا لا يطرد على أصل أبى يوسف لكونها بيعاً عنده، ولو كانت بيعاً لما صح قبضه بلا كيل ووزن.

بمثل الثمن الأول^(١)، وشرط^(٢) الأكثر أو الأقل بلا تعيب،

من خلاف الثمن الأول من أى إذا كان كذلك فلزمه... إلخ بكل حال

وجنس آخر لغو، ولزمه الثمن الأول، وهلاك^(٣) الثمن لا يمنع

وتظهر فائدة كونها بيعاً فى حق غيرهما فيه أيضاً الأولى لو كان المبيع عقاراً، فللشفيع الشفعة، ثم تقايلاً يقضى له بالشفعة لكونه بيعاً جديداً فى حقه، وإن اشتراه منه، والثانية: إذا باع المشتري المبيع من آخر ثم تقايلاً اطلع على عيب كان فى يد البائع، فأراد أن يرده على البائع ليس له ذلك؛ لأنه بيع فى حقه، فكأنه اشتراه من المشتري.

والثالثة: إذا اشترى شيئاً وقبضه ولم ينقد الثمن حتى باعه من آخر، ثم تقايلاً وعاد إلى المشتري، فاشتراه من قبل نقد ثمنه بأقل من الثمن الأول جاز، وكان فى حق البائع كالمملوك بشراء جديد من المشتري الثانى.

والرابعة: إذا كان المبيع موهوباً، فباعه الموهوب له، ثم تقايلاً ليس للواهب أن يرجع فى هبته؛ لأن الموهوب له فى حق الواهب بمنزلة من المشتري منه.

والخامسة: إذا اشترى بعروض التجارة عبداً للخدمة بعد ما حال عليها الحول، فوجد به عيباً فردّه بغير قضاء، واسترد العروض، فهلك فى يده فإنه لا تسقط عند الزكاة لكونه بيعاً جديداً فى حق الثالث، وهو الفقير؛ لأن الرد بالعيب بغير قضاء إقالة. (البحر ملخصاً)

(١) لأن فسخ العقد عبارة عن رفعه على الوصف الذى كان قبله بلا زيادة ولا نقصان.

(٢) قوله: "وشرط" هذه ثلاث صور: الأولى: أن الإقالة وقعت على الأكثر من الثمن الأول، كما لو تقايله بألف، وكان الثمن خمسمائة، والثانية: أن المتعاقدين تقايلاً على الأقل من الثمن الأول، كما لو تقايلاً بخمسمائة، والمبيع بحاله لم يتعيب، وكان الثمن ألفاً صححت الإقالة فى الأولى بخمسمائة، وفى الثانية بألف.

أما الأولى: فلتعذر الفسخ على الزيادة، فإن انفسخ إنما هو رفع ما كان ثابتاً فى أصل العقد، والزيادة لم تكن ثابتة فيه، فرفعها محال، واستحالة رفع ما لم يكن ثابتاً لا يحتاج إلى الدليل.

وأما الثانية: فلأنه لما كانت الإقالة عنده فسخاً، والفسخ يرد على غير ما يرد عليه العقد، كان اشتراط خلاف الثمن الأول باطلاً، وشرط لعدم جواز اشتراط الأقل عدم التعيب عند المشتري، وأما إذا تعيب عنده، فيجوز بالأقل، فيجعل الخط بإزاء ما فات بالعيب، ولهذا يشترط أن يكون النقصان بقدر حصّة ما فات بالعيب، ولا يجوز أن ينقص أكثر منه.

وأما الثالثة: أنه شرط غير جنسه كما لو كان الثمن ليس ثابتاً فى المنسوخ، ورفع ما ليس ثابتاً محال، فكل واحد من هذه الشروط فاسد، والإقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة، فتبطل هذه الشروط وتصح الإقالة (محمد إعزاز على رحمة الله عليه)

(٣) قوله: "هلاك" أى لا يمنع الإقالة هلاك الثمن، بل يمنعها هلاك المبيع؛ لأنها رفع البيع، والأصل فيه المبيع، ولهذا إذا هلك المبيع قبل القبض يبطل البيع، بخلاف هلاك الثمن. (المجمع بتصرف)

صحة الإقالة

الإقالة، وهلاك المبيع يمنع، وهلاك بعضه بقدره^(١).

لغة: جعل الشيء والياً مصدر رَابَعَ

باب^(٢) التولية والمراوحة

وهو بيع بالثمن الأول من غير زياد ولا نقصان

هى^(٣) بيع بثمن سابق، والمراوحة به وبزيادة وشرطهما^(٤)

وهو الذى ملك به المبيع أى للبائع ولو فعل هذه الأشياء بيده لا يضم
كون الثمن الأول مثلياً^(٥)، وله^(٦) أن يضم إلى رأس المال أجره

الذى قصر الثوب بعصفر أو زعفران أى تحويلة من موضع الشراء
القصار والصبغ، والطرارز^(٧) والقتل^(٨) وحمل الطعام،

(١) قوله: "بقدره" أى هلاك بعض المبيع يمنع صحة الإقالة بقدره اعتباراً للجزء بالكل، فيجوز الإقالة فى الباقي، ويمتنع فى الهالك. (الزبيلى وشرح النقاية)

(٢) قوله: "باب" لما فرغ مما يتعلق بالأصل، وهو المبيع من البيوع اللازمة وغير اللازمة، وما يرفعها شرع فى بيان الأنواع التى تتعلق بالثمن من المراوحة والتولية وغيرهما. (المجمع)

(٣) قوله: "هى" وأورد عليه الغصب، وهو ما إذا ضاع المغصوب عند الغاصب، وضمنه قيمته، ثم وجده جاز له بيعه مراوحة وتولية على ما ضمن، وقد غفل الشارح الزبيلى، فأورده على عبارة "الهديّة"، وهى نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع ربح أولاً، وادعى أن عبارة المؤلف أحسن، وليس كما زعم؛ لأن مسألة الغصب كما ترد على "الهديّة" باعتبار أنه لا عقد فيها كذلك ترد على الكنز باعتبار أنه لا ثمن فيها، فإن أجيب بأن القيمة كالثمن فكذلك يقال: إن الغصب ملحق بعقود المعاوضات، ويرد على كلا التعريفين ما ملكه بهبة أو إرث أو وصية إذا قومه فله المراوحة على القيمة إذا كان صادقاً فى التقويم مع أنه لا ثمن ولا عقد، ولم أر كيف يقول، وينبغى أن يقول: قيمته كذا. (البحر بحذف)

والحد الجامع المانع من تشريح قيوده فى "البحر". (محمد إعزاز على غفر له)

(٤) قوله: "وشرطهما" لأنه إذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهى مجهولة. (البحر)

(٥) وهو الكيلى والوزنى والمعدود المتقارب.

(٦) قوله: "وله" أى يجوز له أن يزيد على أصل الثمن أجره هذه الأشياء، وبيعه مراوحة أو تولية؛ لأن ما زاد فى عين الشيء أو فى قيمته ملحق به، وإنما كان الحمل مما يزيد فى قيمة المبيع؛ لأن القيمة يختلف باختلاف المكان، والأصل أن ما جرى عرف التجار على إلحاقه برأس المال يخلق به، وما لا فلا. (محمد إعزاز على وشرح النقاية)

(٧) بكسر الطاء وتخفيف الراء: العَلَم فى الثوب.

من موضع الشراء إلى منزله ولا يقول: اشتريته بكذا؛ لأنه كذب وهو حرام
 وسوق الغنم ويقول: قام على بكذا، ولا يضم^(١) أجره الراعي،
 أى ولا يضم كراء بيت الحفظ^{المشتري} البائع^{المشتري} خان^(٢) فى مراوحة أخذ بكل
 أى البيع على^{المشتري} البائع^{المشتري}، ومن^(٣) اشترى ثوباً، فباعه
 ثمنه، أو رده، وحط فى التولية،

(٨) هو ما يصنع بأطراف الثياب بحريز أو كتان.

(١) قوله: "ولا يضم" لعدم العرف بإلحاقه، أطلق فى التعليم فشمّل تعليم العبد صناعةً، أو قرآناً، أو علماً، أو شعراً، أو غناءً، أو عريّةً، قالوا: لأن ثبوت الزيادة لمعنى فى العبد، وهو حذاقته، فلم يكن ما أنفق على المعلم موجباً للزيادة فى المالية، ولا يخفى ما فيه، إذ لا شك فى حصول الزيادة بالتعلم، ولا شك أنه مسبب عن التعليم عادة، وكونه بمساعدة القابلية فى المتعلم هو كقابلية الثوب للصبغ، فلا يمنع نسبته إلى التعليم فهو شرط علة عادية، والقابلية شرط، وفى المبسوط أضاف نفى ضم المنفق فى التعليم إلى أنه ليس فيه عرف ظاهر حتى لو كان فيه عرف ظاهر يلحق برأس المال. (البحر)

(٢) قوله: "فإن أى فإن ظهر للمشتري خيانة فى المراوحة إما بإقرار البائع أو بالبينة أو بنكوله عن اليمنى، وقد ادعاه المشتري أخذه أى المبيع بثمنه كله، أو رده بالفسخ، وإن ظهر له خيانة فى التولية حط الخيانة من الثمن، ولا يفسخ هذا عند أبى حنيفة، وعند أبى يوسف حط فيهما أى فى المراوحة والتولية قدر الخيانة مع حصتها هى حصة الخيانة من الربح فى المراوحة، مثلاً إذا قال اشترت هذا الثوب بعشرة فباعه مراوحة بخمسة عشر، ثم ظهر أن البائع كان اشتراه بثمانية يحط قدر الخيانة، وهو درهمان، ويحط من الربح ما يقابل قدر الخيانة، وهو درهم واحد، فيأخذ الثوب باثنى عشر درهماً، وعند محمد يخير بين أخذه بكل الثمن، وتركه فيهما.

لمحمد أن الاعتبار للتسمية لكونه معلوماً، والتولية والمراوحة ترويج وترغيب، فتكون وصفاً مرغوباً فيه كوصف السلام، فيتخير لفواته؛ ولأبى يوسف أن الأصل فيه كونه تولية ومراوحة، ولهذا يتعقد بقوله: ولتلك بالثمن الأول، أو بعثك مراوحة على الثمن الأول إذا كان معلوماً، فلا بد من البناء على الأول، وذلك بالخط غير أنه يحط فى التولية قدر الخيانة من رأس المال، وفى المراوحة منه، ومن الربح، ولأبى حنيفة أنه لو لم يحط فى التولية لا تبقى تولية؛ لأنه يزيد على الثمن الأول، فتغير التصرف، فتعين الخط، وفى المراوحة لو لم يحط تبقى مراوحة، وإن كان يتفاوت الربح، فلا يتغير التصرف، فأمكن القول بالتخير. (شرح النقاية والمجمع والبحر)

(٣) قوله: "ومن إلى قوله: لم يرايح، وهذا عند أبى حنيفة وقالوا: يبيعه مراوحة على الثمن الأخير.

وصورته: إذا اشترى ثوباً بعشرة وباعه بخمسة عشر، ثم اشتراه بعشرة، فإنه يبيعه مراوحة بخمسة، ويقول: قام على بخمسة، ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مراوحة، ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مراوحة أصلاً، وعندهما يرايح على عشرة فى الفصلين، لهما أن العقد الثانى عقد متجدد منقطع الأحكام عن

فإن أراد أن يبيعه مرة ثانية أى عن الثوب أى قبل هذا البيع.

بربح ثم اشتراه فإن باعه بربح طرح عنه كل ربح قبله، وإن
الربح أى استغفر يعنى لا يبيعه مراوحة أصلاً
أحاط بثمنه لم يرابح، ولو اشترى مأذوناً مديوناً ثوباً

بعشرة، وباعه من سيده بخمسة عشر، يبيعه^(١) مراوحةً على
البائع أى منه عشر بالنصف فاعل "بيعه"
عشرة، وكذا العكس^(٢)، ولو كان^(٣) مضارباً يبيع مراوحة رب

الأول، فيجوز بناء المراوحة عليه، كما إذا تخلل ثالث؛ لأبى حنيفة أن شبهة حصول الربح بالعقد الثانى ثابتة؛ لأنه يتأكد به ما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب، والشبهة كالحقيقة فى بيع المراوحة احتياطاً، ولهذا لم تجز المراوحة فيما أخذ بالصلح لشبهة الخطيئة، فيصير كأنه اشترى خمسة وثوباً بعشرة، فيطرح خمسة، بخلاف ما إذا تخلل خمسة، ومحل الاختلاف عند عدم البيان، أما إذا بين فقال: كنت بعتة فربحت فيه كذا، ثم اشتريته بكذا، وأما يبيعه الآن بكذا بربح، كذا جاز اتفاقاً. (البحر بحذف)

(١) قوله: "يبيعه" لأن هذا العقد وإن كان صحيحاً فى نفسه فيه شبهة العدم؛ لأن العبد ملكه، وما فى يده لا يخلو عن حقه، فاعتبر حد ما فى حق المراوحة، وبقي الاعتبار للبيع الأول، فيصير كأن العبد اشتراه للمولى بعشرة فى الفصل الثانى، فيعتبر الثمن الأول، وتقييده بالمديون اتفاقى ليعلم حكم غيره بالأولى لوجود ملك المولى فى إكسابه، كما فى "البحر"، وفيه كلام؛ لأن التقييد ليس باتفاقى، بل لتحقيق المشتري، قال الفقيه أبو الليث: فإن كان العبد لا دين عليه، فالشراء الثانى باطل؛ لأن العبد إذا كان لا دين عليه، فماله لمولاه. (المجمع بحذف)

(٢) (بأن اشترى المولى بعشرة مثلاً وباعه من عبده المأذون المستغرق بالدين بخمسة عشر) لأن فى هذا العقد شبهة العدم لجوازه مع المنافى، فاعتبر عدماً فى حكم المراوحة، وبقي الاعتبار للأول، فيصير كأن العبد اشتراه للمولى بعشرة فى الفصل الأول، وكأنه يبيعه للمولى فى الفصل الثانى، فيعتبر الثمن الأول، ولو قال المصنف رحمة الله عليه: إلا أن يبين لكان أولى؛ لأنه لو بين ورايح على الأول جاز، كما فى "البنية". (البحر بحذف)

(٣) قوله: "ولو كان" أى لو كان من عمل هذا العمل مضارباً بأن كان معه عشرة دراهم مضاربة بالنصف، فاشترى ثوباً بعشرة، وباعه من رب المال بخمسة عشر، فإنه يبيعه مراوحة باثنى عشر ونصف؛ لأن مبنى هذا البيع على الاحتراز عن الخيانة وشبهتها، وفى بيعه مراوحة على خمس عشرة شبهة خيانة؛ لأن هذا البيع، وإن حكم بجوازه لاشتماله على الفائدة، فإن فيه استفادة ولاية التصرف؛ لأن التسليم إلى المضارب انقطعت ولاية رب المال عن ماله فى التصرف فيه، فبالشراء من المضارب يحصل له ولاية التصرف، وهو مقصود، وإذا اشتمل على الفائدة يتعقد؛ لأن الانعقاد يتبع الفائدة لكنه فيه شبهة العدم؛ لأن البيع مبادلة المال بالمال، وإنما يتحقق بمال غيره لا بمال نفسه، فلا يكون البيع موجوداً، وإذا كان فيه شبهة العدم، كان البيع الثانى كالمعدوم فى حق نصف الربح؛ لأن ذلك حق رب

فاعل "بيع" من يريد المراجعة أى تعيب المبيع عنده.
 المال باثنى عشر ونصف، ويرابح^(١) بلا بيان بالتعيب، ووطء
 أى ويرابح إذا لم ينقصها الوطاء. ف زد
 الثيب وبيان^(٢) بالتعيب^(٣) ووطء البكر، ولو اشترى
 درهم أى إلى أجل أنه اشتراه إلى أجل (ص) و س
 بألف نسيئة وباع بربح مائة ولم يبين خير^(٤)
 بين أن يأخذه أو يتركه أن الثمن كان مؤجلاً البيع المشتري
 المشتري، فإن أتلّف^(٥) فعلم لزم بألف ومائة، وكذا^(٦)
 التولية، ومن ولّى رجلاً شيئاً بما قام عليه، ولم يعلم المشتري
 المشتري بكم قام عليه على المولى

المال، فيحط من الثمن احترازاً عن شبهة الخيانة، ولا شبهة في أصل الثمن، وهو عشرة، ولا في نصيب المضارب، فيبيع مراوحة على ذلك. (الزيلعي والطحطاوى)

(١) قوله: "ويرابح" أى إذا تعيب المبيع من غير صنعه، أو وطئ الثيب يبيعه مراوحة من غير أن يبين؛ لأنه لم يحبس عنده شيء بمقابلة الثمن؛ لأن الأوصاف تابعة لا يقابلها الثمن، ولهذا لو قامت قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن، وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن، وأطلق في قوله: بلا بيان ومراده بلا بيان أنه اشتراه سليماً، فتعيب عنده، أما بيان نفس العيب القائم به، فلا بد منه لئلا يكون غاشاً له للحديث الصحيح: «من غشّ فليس منّا». (البحر)

(٢) قوله: "وبيان" أى يربح مع البيان إذا عيبه المشتري أو غيره؛ لأنها صارت مقصودة بالإتلاف، فيقابلها شيء من الثمن، وكذا إذا وطئها وهى بكر؛ لأن العذرة جزء من العين، فيقابلها شيء من الثمن، وقد حسبها. (البحر)

(٣) والتعيب منه سواء كان بفعل نفسه أو بفعل غيره.

(٤) قوله: "خير" لأن الثمن المؤجل أنقص في المالية من الحال، ولهذا حرم الشرع النساء في الأموال الربوية، فيكون ما أخذ من المشتري أزيد فى الحكم، فيثبت له الخيار عند علمه بذلك، وكذا فى التولية إذا علم أن الثمن كان مؤجلاً يثبت له الخيار؛ لأن الخيانة فى التولية مثلها فى المراجعة؛ لأنهما مبنيان على الثمن الأول. (الزيلعي)

(٥) قوله: "فإن أتلّف [المشتري المبيع فى هذه الصورة]" أى إذا أتلّف المشتري المبيع فى هذه الصورة ثم علم أن الثمن كان مؤجلاً لزمه ألف ومائة؛ لأن الأجل ليس بمال متقوم، فلا يقابله شيء فى الثمن، وإنما فيه ترفه فيزداد الثمن؛ لأجله فيثبت له الخيار فيما إذا كان المبيع قائماً نظراً لهذا الجانب؛ لأن إقدامه على المراجعة يقتضى السلامة عن مثل هذه الخيانة، فإذا هلك، أو استهلكه المشتري، لم يبق له الخيار نظراً لجانب عدم المالية فى الأجل حقيقة. (الزيلعي)

(٦) قوله: "وكذا" أى هى مثل المراجعة فيما ذكرناه من الخيار عند قيام المبيع، وعدم الرجوع حال

بين أخوه وتركه

بكم قام عليه فسد^(١)، ولو علم في المجلس خير^(٢).فصل^(٣)ف م ن^(٤) بيع العقار قبل قبضه لا^(٥) بيع المنقول، ولو^(٦) أي الذي اشتراه قبل قبضه

هلاكه لا ابتداءهما على الثمن الأول، وينبغي أن يعود قوله: وكذا التولية إلى جميع ما ذكره للمراوحة، فلا بد من البيان في التولية أيضاً في التعيب، ووطء البكر، وبدونه في التعيب ووطء الثيب. (البحر)

(١) البيع لجهالة الثمن تفضي إلى المنازعة.

(٢) قوله: "خير" لأن الفساد لم يتقرر، فإذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد، وصار كتأخير القبول إلى آخر المجلس قيد بالمجلس؛ لأنه بعد الافتراق عنه يتقرر الفساد، فلا يقبل الإصلاح. (البحر)

(٣) قوله: "فصل" في أحكام البيع قبل قبض المبيع والتصرف في الثمن بالزيادة والنقصان وغير ذلك [مسائل هذا الفصل لما كان البيع فيها مقيداً بوصف زائد أشبهت المراوحة والتولية من حيث إن فيها قيداً زائداً على أصل البيع، ولكنها ليست بمراوحة ولا تولية، فجاء بالفصل لهذا. (الشلبى)]

(٤) قوله: "صح" أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا يجوز لإطلاق الحديث، وهو النهي عن بيع مالم يقبض، وقياساً على المنقول وعلى الإجارة، ولهما أن ركن البيع صدر من أهله في محله، ولا غرر فيه؛ لأن الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول، والغرر المنهي غرر انفساخ العقد، والحديث معلول به عملاً بدلائل الجواز، والإجارة قيل على هذا الاختلاف، ولو سلم فالمعقود عليه في الإجارة المنافع، وهلاكها غير نادر، وهو الصحيح، وعليه الفتوى، قيد بالبيع لأن المشتري لو وهبه، أو تصدقه قبل قبضه يصح على الأصح، وهو قول محمد خلافاً لأبي يوسف. (البحر وشرح النقاية)

(٥) قوله: "لا" أي لا يجوز بيع المنقول قبل القبض؛ لأن فيه غرراً وهو انفساخ العقد بهلاكه، ولما روى أبو داود وابن حبان في "صحيحه" والحاكم في "مستدركه"، وصححه عن عبد الله بن عمر قال: ابتعت زيتاً في السوق، أي اشتريته فلما استوجبت له قيني رجل فأعطاني فيه ربحاً حسناً، فأردت أن أضرب على يده، فأخذ رجل من خلفي بذراعي، فالتفت فإذا هو زيد بن ثابت، فقال: لا تبعه حيث ابتعته حتى لا تحوزه إلى رحلك، فإن رسول الله ﷺ نهى أن أبتاع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم. (شرح النقاية)

(٦) قوله: "ولو" أي لو اشتري المكيل بشرط الكيل والموزون بشرط الوزن، والمعدود بشرط العدد لم يجر له أن يتصرف فيه قبل الكيل والوزن والعدد إن كان بعد القبض لقول جابر أنه ﷺ نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان، صاع البائع وصاع المشتري، رواه ابن ماجه والدارقطني. (الزيلعي)

أى ما يكال من حيث الكيل
 اشترى مكيلا كيلا حرم بيعه^(١) وأكله حتى^(٢) يكيله، ومثله
 بشرط العد^(٣) (م م)
 الموزون^(٣) والمعدود.

لا^(٤) المذروع^(٥)، وصح^(٦) التصرف فى الثمن قبل قبضه

(١) وإذا اشترى مجازفة جاز التصرف فيه قبل الكيل بالبيع والأكل وغيرهما .

(٢) قوله : " حتى يكيله " أى يكيله المشتري ثانياً إن كان البائع قد كاله بعد البيع بغية المشتري قيده بغية لما فى الكفاية أن الصحيح أنه لو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري يكتفى به آه ، وفيه أن هذا مخالف لإطلاق النبى ؛ إلا أن يقال أن علة النبى وهى احتمال الزيادة ، وهى للبائع مفهومة لأهل اللغة ، والعلة المفهومة لأهل اللغة تخصص النص ، كما فى ﴿وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾ فإنه معلول بالإخلال بالسعى .
 (الكشف)

(٣) أى بيع الموزون بشرط الوزن .

(٤) قوله : " لا " أى لا يحرم التصرف فى المبيع المذروع بعد القبض قبل الذراع وإن اشتراه بشرط الذرع ؛ لأن الذرع وصف له بقدر ، فيكون كله للمشتري بلا زيادة ثمن ولا نقصان إن وجده زائداً أو نقصاً ، هذا إذا لم يسم لكل ذراع ثمناً ، وإن سمي فلا يحل لما تصرف فيه حتى يذرع . (الزيلعى)

(٥) فلو اشتراه مذكوعاً بشرط الذرع جاز لبسه وبيعه قبل زرعه اتفاقاً .

(٦) قوله : " وصح " أى صح هذه التصرفات قبل القبض تصرف البائع فى الثمن ، بأن ملكه ممن عليه بعوض أو بغير عوض ، والزيادة فيه ، والخط منه ، وسواء كان مما يتعين ، أو لا سوى بدل الصرف والسلم ؛ لأن للمقبوض حكم عين المبيع فى السلم ، والاستبدال بالمبيع قبل القبض لا يجوز ، وكذا فى الصرف والزيادة فى الثمن ، والخط منه يلتحقان بأصل العقد عندنا ، وعند زفر لا يلتحقان ، وفائدة الالتحاق تظهر فى مسائل منها التولية والمراوحة ، فيجوز على الكل فى الزيادة على الباقي بعد المحطوط ، والزيادة فى الثمن مقيدة ببقاء المبيع ، والمراد بقاء المبيع بقاءه محللاً للمقابلة فى حق المشتري بأن لم يبعه المشتري ، ولم يتصدق به ، ولم يهبه أو وهبه ولم يسلم حتى لو باعه وتصدق به أو وهبه وسلم لا تصح الزيادة ، والزيادة فى المبيع سواء بقى المبيع ، أو هلك ، وتلتحق أيضاً بالعقد ، فيصير لها حصة من الثمن ، حتى لو هلكت الزيادة قبل القبض تسقط حصتها من الثمن .

بقى ههنا شئ وهو أنه لم يتعرض المصنف لحكم حط المبيع ، وذكر الزيادة والخط فى الثمن ، فظاھر عدم صحة الخط من المبيع ، وصرح فى " المحيط " : بأن المبيع إن كان ديناراً بأن كان مسلماً فيه ، يصح الخط منه ، وإن كان عيناً لم يصح الخط منه ؛ لأنه إسقاط ، وإسقاط العين لا يصح . (محمد إعزاز على غفر له)

والزيادة فيه، والخطُّ منه والزيادة في المبيع، ويتعلق^(١)
 لأن حقه فلان يؤخره
 الاستحقاق^(٢) بكله^(٣)، وصحّ تأجيل^(٤) كل دين غير القرض^(٥).

(١) قوله: "ويتعلق" حتى لا يكون للمشتري أن يطالب بالمبيع حتى يدفع الزيادة، وللبائع أن يحتبس حتى يستوفي الزيادة، ويملك المشتري المطالبة بتسليم المبيع كله بتسليم ما بقى من الخط، والدليل على الالتحاق أنهما بالخط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع، وهو كونه رابحاً، أو خاسراً، أو عدلاً، ولهما ولاية الرفع، فأولى أن يكون لهما ولاية التغيير، فصار كما إذا أسقطا الخيار أو شرطاه بعد العقد، وإذا صحّ يلتحق بالعقد؛ لأن وصف الشيء يقوم به لا بنفسه، بخلاف خط الكل لأنه تبديل لأصله لا يعتبر لو صفه. (الزيلي والبحر بتصرف)

(٢) أى استحقاق البائع والمشتري في الثمن والمبيع.

(٣) أى بكل ما وقع عليه العقد من الثمن المبيع الزيادة.

(٤) قوله: "تأجيل" أى وصحّ تأجيل كل دين حالٍ سواء ثبت في الذمة بعقد أو باستهلاك حتى لو باع شيئاً بثمن حال ثم أجله معلوماً صار مؤجلاً؛ لأن الحلول حق البائع، فله إسقاطه بتأجيله تيسيراً على من عليه الثمن؛ ولأنه يملك إسقاط المطالبة مطلقاً بالإبراء فلأن يملك إسقاطها مدة معينة بالتأجيل أولى، ولو أجله إلى أجل مجهول، فإن كانت الجهالة فاحشة كهبوب الريح لا يصح، وإن كانت متعارفة كالحصاد والدياس يصح، كما في الكفالة إلا القرض، وهو ما ثبت في الذمة باستقراض، فإنه لا يصح تأجيله حتى لو أجله مدة معلومة عند الإقراض، أو بعده لا يثبت الأجل، وله المطالبة في الحال.

وقال مالك: يصح تأجيل القرض كسائر الديون، وقال الشافعي: لا يجوز تأجيل غير القرض كالقرض.

ولنا أن القرض إعارة وتبرع ابتداء، ولهذا يصح بلفظ الإعارة، ومعاوضة انتهاء حتى يلزمه رد مثله، فعلى الاعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه، كالإعارة، فإن المعير وإن وقت الإعارة له أن يستردها من ساعة، إذ لا جبر في التبرع، وعلى اعتبار الانتهاء لا يصلح التأجيل؛ لأنه مبادلة الدراهم بمثلها نسيئة، وهو حرام. (شرح النقاية)

(٥) فلو شرط الأجل في ابتداء العقد، صحّ القرض وبطل الأجل.

ثبوت حرمتها بالكتاب والسنة
باب (١) الربا (٢)

أى زيادة (ف) وهو (٣) فضل مال (٤) بلا عوض فى معاوضة مال بمال،
ف ك هو كون العوضين من جنس واحد بفتح النون وهو البيع أجل
وعلته (٥) القدر (٦) والجنس، فحرم (٧) الفضل والنساء بهما،

(١) قوله: "باب" وجه مناسبته للمرابحة أن فى كل منهما زيادة إلا أن تلك حلال وهذه حرام،
والحرام هو الأصل فى الأشياء، فقدم ما يتعلق بتلك الزيادة على ما يتعلق بهذه. (البحر)

(٢) قوله: "الربا" فى "المصباح": الربا الفضل والزيادة، وهو مقصود على الأشهر، وليس المراد
مطلق الفضل، فإن فتح الأسواق فى سائر بلاد المسلمين للاستفضال والاسترباح، وإنما المراد فضل
مخصوص، فلذلك عرفه شرعاً بقوله: هو فضل... إلخ. (البحر)

(٣) قوله: "وهو" أى الربا فضل أحد المتجانسين على الآخر بالميعاد الشرعى، أى الكيل
والوزن، ففضل قفيزى شعير على قفيزى بر لا يكون ربا، وكذا فضل عشرة أذرع من ثوب هروى على
خمسة منه، وقيد بقوله: بلا عوض، أى خال عنه ليخرج بيع كر بر وكر شعير بكرى بر وكرى شعير،
فإن للثانى فضلا على الأول، لكنه غير خال عن العوض لصرف الجنس على خلاف جنسه، وقيد
بالمعاوضة لأن الفضل الخالى عن العوض الذى فى الهبة ليس ربا.

وترك المصنف قيده لا بد منه، وهو أن يكون الفضل الخالى مشروعا فى العقد لأحد المتعاقدين؛ لأنه
قال مالك وأحمد فى رواية لما روى مسلم من حديث معمر بن عبد الله أن النبى ﷺ قال: «الطعم مثلا
بمثل»، أو فى رواية: «لا تبيعوا الطعام إلا مثلا بمثل»، وفى رواية: «إلا سواء بسواء»، ونصبهما على
الحال، ووجه الدلالة أن الطعام مشتق من الطعم، ومتى ترتب الحكم على اسم مشتق كان مأخذاً
الاشتقاق علة له، والطعم بالفتح ما يؤذنه الذوق من حلاوة ومرارة، وما بينهما، وبالضم الطعام.

ولنا ما روى الدارقطنى عن عبادة وأنس رضى الله عنهما مرفوعاً: «ما وزن مثل بمثل إذا كان نوعاً
واحداً وما كيل فمثل ذلك» الحديث، فالتقدير المكيل والموزون مثل بمثل، وترتبه الحكم على المشتق، أو
شرط لغيرهما لا يكون ربا. (البحر بحذف)

(٤) غالباً؛ لأن بيع الدراهم بالدراهم متساوية نسيئة ربا، والفضل ليس بمال.

(٥) قوله: "وعلته" أى علة وجوب المساواة وحرمة الفضل، أو علة كون المال ربوياً قدر، أى
الكيل أو الوزن من الجنس، فلا ربا فيما لا يدخل تحت كيل أو وزن، كالحقاقة من القمح والذرة من
الذهب، ولا فى مكيل، أو موزون مع خلاف جنسه، وبه قال أحمد فى رواية.

وقال مالك: علته الاقتينات والإدخار مع الجنس؛ لأنه ﷺ خص بالذكر كل مقتات لو مدخر،
وقال الشافعى فى القديم: علته الطعم مع الكيل أو الوزن، وفى الجديد علته الطعم فى الأشياء الأربعة
والثمنية فى الذهب والفضة، والجنسية شرط، لا تعمل العلة بدونه، وبه بدل على عليه مأخذه، فثبت
علية القدر، وكذا على الجنس للتصريح بالنوع. (الكشف وشرح النقاية والبسط فى "المبسوطات")

بالمد: التأخير دون الفضل أى بوجود أحدهما
والنساء فقط بأحدهما، وحلاً بَعْدَ مَهْمَا، وصح^(١) بيع
أى الذى يدخل تحت الكيل
المكيل كالبر والشعير والتمر والملح والموزون^(٢) كالنقدين،
وما^(٣) ينسب إلى الرطل^(٤) بجنسه^(٥) متساويا لا متفاضلا،
أى হিসاباً قيد الرجاء
وجيد كردية^(٦)، ويعتبر^(٧) التعيين^(٨) لا^(٩) التقابض فى غير

(٦) وهو الكيل فى المكيل والوزن فى الموزون .

(٧) قوله: "فحرم" أى لما ثبت علة الربا القدر والجنس ثبت أنهما إذا تحققا تحقق حرمة الفضل والنساء؛ لوجود علة حرمتها، فلا يجوز بيع الجنس بمثله متفاضلة لوجود الكيل مع الجنس، ولا بيع الحديد بمثله متفاضلة لوجود الوزن مع الجنس، وإن تحقق أحد الوصفين، بأن وجد القدر دون الجنس كالخطة بالشعير، أو الجنس دون القدر، كثوب هروى بجنسه، وحيوان حرم النساء فقط دون الفضل، وإن فقد الوصفان حل الفضل والنساء كلاهما لعدم علة حرمتها مع أن الأصل الإباحة، فحرمة ربا الفضل بالوصفين، وحرمة ربا النساء بأحدهما. (عز)

(١) قوله: "صح" البر والشعير والتمر والملح مكيلة أبداً، لنص رسول الله ﷺ عليها، فلا يتغير أبداً، فيشترط التساوى بالكيل، ولا يلتفت إلى التساوى فى الوزن دون الكيل حتى لو باع حنطة بحنطة وزناً لا كيلاً لم يجر، والذهب والفضة موزونة أبداً للنص على وزنها، فلا بد من التساوى فى الوزن، حتى لو تساوى الذهب بالذهب كيلاً لا وزناً لم يجر، وكذا الفضة بالفضة؛ لأن طاعة رسول الله ﷺ واجبة علينا؛ لأن النص أقوى من العرف، فلا يترك الأقوى بالأدنى، وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس؛ لأنها دلالة على جواز الحكم. (البحر)

(٢) أى وصح بيع الموزون، أى الذى يدخل تحت .

(٣) قوله: "وما" أى وصح بيع ما ينسب إلى الرطل، وهو كل شئ وقع عليه كيل الرطل مثل الأدهان، فإنه موزون غير أنه لما لم يستمسك إلا وعاء يشق عليهم وزنه وحده بالأمشاط والصبحات فى كل وقت بالوعاء، فقد ربالأرطال والأمناء، فاكتمى به دفعاً للحرص، فبقى موزوناً على حالة. (العيني)

(٤) بكسر الراء وفتحها، قال الجوهري: إنه نصف من وهو ما يوزن به وقيل: اثنتا عشرة أوقية، قيل: مائة درهم وثمانية وعشرون .

(٥) الباء يتعلق بقوله: وصح بيع الكيل .

(٦) قوله: "كردية" أى جيد ما جعل فيه الربا كردية حتى لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاوتاً فلإطلاق الحديث، ولحديث: «جيدها ورديشها سواء»، ولأن الجودة لا يجوز الاعتياض عنها؛ لأن بيع فقير حنطة جيدة بفقير حنطة رديئة ودرهم لا يجوز بالإجماع، وما لا يجوز الاعتياض عنه بالبيع لا

ف من الزيادة ف مملأ الكفين
 الصرف، وصح^(١) بيع الحفنة بالحفتين، والتفاحة بالتفاحتين،

والبيضة بالبيضتين، والجوزة بالجوزتين، والتمررة بالتمررتين،
 أى وصح أيضاً بيع الفليس (ف م) بأن كان الفليس معيناً والفلسان معينين ف أى وصح بيع اللحم
 والفلس^(٢) بالفلسين بأعيانهما، واللحم^(٣) بالحيوان،

يكون ما لا متقومًا كالخمر، قيد بمال الربا؛ لأن الجودة معتبرة فى حقوق العباد، فإذا أئلف جيداً لزمه مثله
 قدرًا وجوده إن كان مثليًا، وقيمة جيدًا إن كان قيميًا. (البحر وشرح النقاية)

(٧) حتى لو باع برآ ببر بعينها وتفرقا قبل القبض أجاز.

(٨) فى البدلين بالاتفاق لما سيأتى من انه هو المفيد للعرض المطلوب، وهو التمكن من التصرف.

(٩) قوله: "لا" خلافًا للشافعى رحمه الله فى بيع الطعام بالطعام، له الحديث المعروف: «يدًا
 بيد»؛ ولأنه لو لم يقبض فى المجلس يتعاقب القبض، وللقدر من يديه، ففيه شبهة الربا.
 ولنا أن التعيين يكفى عن القبض كالثوب؛ لأن الفائدة المطلوبة إنما هو التمكن من التصرف، وهو
 يحصل من التعيين، بخلاف الصرف؛ لأن القبض فيه ليتعين به؛ لأن النقيدين لا يتعيان بالتعيين، وإنما
 يتعيان بالقبض، ومعنى ما رواه عبيد العين، هذا رواه عبادة بن الصامت رضى الله عنه، رواه مسلم،
 وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوته فى المال عرفًا، بخلاف النقد والمؤجل. (الكشف بتغيير)

(١) قوله: وصح إلى قوله بالتمررتين، أى صحة هذه البيوع؛ لأن هذه الأشياء ليست بمكيل ولا
 موزون، فلم تدخل تحت الميعاد، فأنعدمت العلة بانعدام أحد شرطيهما وهو القدر، ولهذا يضمن بالقيمة
 عند الإلتاف عندنا، وما دون نصف صاع بمنزلة الحفنة؛ لأنه لا تقدير فيه الشرع بما دون، فلم يكن من
 ذوات الأمثال، وهذا إذا باع ما دون نصف الصاع بما دون نصف الصاع بنصف صاع أو أكثر، ثم قلنا إلا
 مثل يمثل لوجود المعيار من أحد الجانبين، فتحققت الشبهة.

وعلى هذا لو باع ما لا يدخل تحت الوزن كالذرة من ذهب أو فضة بما لا يدخل تحته جاز لعدم
 التقدير شرعًا، إذ لا يدخل تحت الوزن، وروى المولى عن محمد أنه كره التمرة بالتمررتين، وقال: كل
 شئ حرم فى الكثير، فالقليل منه حرام، وإلى هذه الرواية مال بعض المحققين. (الزيلعى وشرح
 النقاية)

(٢) قوله: "والفلس" أى وصح بيع الفلس المعين بفلسين معينين، وهذا عند أبى حنيفة وأبى
 يوسف رحمهما الله تعالى، وبه قال مالك والشافعى رحمهما الله تعالى: فى الأصح، وعند محمد
 وأحمد رحمهما الله تعالى لا يجوز، كبيع درهم بدرهمين، قيد بأعيانهما لأنهما لو كانا أو أحدهما بغير
 عينه لم يجز باتفاق، أما إن كان بغير أعيانهما فلا نبيع الكالى بالكالى، أعنى النسيئة، وهو منهى عنه،
 وأما إن كان أحدهما بغير عينه فلا نبيع الجنس بانفراده بحرمة النساء. (شرح النقاية والبحر)

(٣) قوله: "واللحم" أى وصح بيع اللحم بالحيوان عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف، وقال
 محمد رحمه الله: لا يجوز إذا كان من جنسه إلا إذا كان اللحم المفورج أكثر من اللحم الذى فى

والكرباس^(١) بالقطن وكذا بالغزل كيفما كان، والرطب^(٢)
 أى وصح أيضاً بيع الرطب أى وصح أيضاً بيع العنب ف
 بالرطب، أو بالتمر متماثلاً، والعنب^(٣) بالعنب وبالزبيب،
 مثل لحم الشاة بلحم البقر ولحم الجاموس بلحم الجمل نقدًا وإلا فلا
 واللحوم^(٤) المختلفة بعضها^(٥) ببعض متفاضلاً^(٦)، ولبن^(٧)
 البقر بلبن الغنم، وخل^(٨) الدقل بخل العنب، وشحم البطن
 بفتحتين: وهى التمر خصه باعتبار العادة أى وصح أيضاً بيع.

الحيوان، فيكون اللحم بمقابلة ما لا ينطلق عليه اسم اللحم، كالجلد والكرش والأمواج والطحال) وصار كالحمل (وهو بالمهملة ومن السمس).
 ولهما أنه باع الموزون بما ليس بموزون، فصار كبيع السيف بالحديد؛ لأن الحيوان لا يؤذن عادة، ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن، بخلاف تلك المسألة؛ لأن الوزن فى الحل يعرف قدر الدهن إذا مير. (البحر)

(١) أى وصح بيع الكرباس بالقطن، أو مطلقاً متساوياً أو متفاضلاً لاختلافهما جنساً.

(٢) قوله: "والرطب" أى وصح بيع الرطب بالرطب متماثلاً أو بالتمر متماثلاً، أى كيلاً بكيلاً، وعندهما لا يصح؛ لأنه ينتقص فى ثانياً الحال عن المساواة بالجفاف، وله أن التساوى إنما يعتبر مال العقد عروض النقص لا يمنع مع المساواة فى الحال إذا كان موجه أمراً خلقياً. (الطحطاوى والبسط فى شرح النقاية و"البحر")

(٣) قوله: "والعنب" أى وصح بيع العنب بالعنب سواء علم التفاوت بعد الجفاف أولاً، ويصح بيع العنب بالترتيب عند أبى حنيفة، خلافاً لمره تقدم كالوجه ما بيناه فى الرطب والتمر من الجانبين، وقيل: لا يجوز اتفاقاً كالحنطة المقلية بغير المقلية. (الطائى وشرح النقاية)

(٤) قوله: "واللحوم" أى وصح بيع اللحوم المختلفة بعضها ببعض متفاضلة؛ لأن أصولها أجناس مختلفة، وأسماءها باعتبار الإضافة كذلك، وكذا المقاصد، قيد بالمختلفة لأن غيرها لا يجوز متفاضلاً.

(٥) ولو باع لحم جاموس بلحم بقر لم يجز متفاضلاً.

(٦) أى وصح بيع بعضها ببعض متفاضلاً.

(٧) قوله: "ولبن" أى وصح بيع لبن البقر بلبن الغنم لاختلاف أجناسهما، بخلاف لبن المعز والضأن لأنهما جنس واحد (عز)

(٨) قوله: "دخل" أى وصحت أيضاً هذه البيوع بيع خل الدقل بخل العنب يتساويان متفاضلان، وبيع شحم البطن بالآلية بعضها ببعض متفاضلاً، وبيع شحم البطن باللحم؛ لأنها أجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعانى والمنافع. (عز)

أى وصح أيضاً بيع الخبز^(١) بالبر أو الدقيق متفاضلاً، لا^(٢) يصح بيع
 البر بالدقيق أو بالسويق والزيتون بالزيت، والسمسسم بالشيرج^(٣)
 ليكون الدين بمثله، والزيادة بالثقل. الخالص
 حتى يكون الزيت والشيرج أكثر مما فى الزيتون والسمسسم،
 ومن حيث الوزن أى لا يستقرض من حيث العدد^(٤) مديوناً كان أو لا فى الصحيح
 ويستقرض^(٥) الخبز وزناً لا عدداً، ولا ربا^(٦) بين المولى وعبده،
 أى فى دله الحرب
 ولا^(٧) بين المسلم والحربى ثمه.

(١) قوله: "والخبز" وصح أيضاً بيع الخبز بالبر والدقيق متفاضلاً لكن يبدأ بيد؛ لأن الخبز صار
 عددياً، أو وزنياً، فخرج عن كونه كيلياً والبر كيلى. (ع والكشف)

(٢) قوله: "لا" أى لا تصح هذه البيوع، أما بيع البن بالدقيق أو بالسويق فلا يصح مطلقاً لا
 متفاضلاً ولا متساوياً؛ لأن المجانسة باقية لمن وجه؛ لأنهما عن أجزاء الحنطة، والمعار فيهما الكيل، لكن
 الكيل غير مسوٍ بينهما لا اكتناهما وتخذ حيات البر فداء يجوز، وإن كان كيلاً فأما بيع الزيتون بالزيت،
 وبيع السمسسم بالشيرج، فعدم جواز مشروط بما إذا كانت الزيت مساوياً لما فى الزيتون أو الشيرج لما فى
 السمسسم، وإن كان كل واحد منهما أزيد مما يقابله مما فى الزيتون والسمسسم، وكان كالحابص بمثل وزن
 الزيتون، أو السمسسم أو أكثر إذ لو لم يكن كذلك، فمعرفة الأكثرية مشكل؛ لأن الظن والحرص لا يعتبر
 فى باب الربا، فيكون الدهن بمثله والزيادة بالتنجيز فيجوز. (محمد إعزاز على غفر له)

(٣) قوله: "ويستقرض" وهذا عند أبى يوسف، وعند محمد رحمه الله تعالى يستقرض بها،
 وعند أبى حنيفة لا يستقرض بها، وذكر الشارح أن الفتوى على قول أبى يوسف، وفى "شرح المجمع"
 الفتوى على قول محمد، وفى "فتح القدير": وأنا أرى أن قول محمد أحسن، وفى "الجواهر" قال
 محمد: ثلاث من الدناءة: استقراض الخبز والجلوس على باب الحمام والنظر فى مراة الحجام. (البحر)

(٤) قوله: "ولا ربا" لأن العبد وما فى يده لسيده، هذا إذا لم يكن مأذوناً مديوناً، وكذا لا ربا بين
 السيد وأم ولده، ولا بين المدبر وسيده؛ لأن كسب كل واحد منهما لسيده، بخلاف المكاتب؛ لأنه صار
 كالحر يداً. (شرح النقاية)

(٥) قوله: "ولا" وقال أبو يوسف ومالك والشافعى وأحمد: يقع بينهما الربا لإطلاق النصوص
 الواردة، ولأبى حنيفة ومحمد رحمهما الله أن مال أهل الحرب مباح فى دارهم، فكأن الحربى أخذ بالربا
 مالا مباحاً بلا عذر، فيصح، والمراد بالنصوص الربا فى مال محظور، ومال الحربى فى دار الحرب غير
 محظور، بخلاف المستأمن منهم؛ لأن ماله صار محظوراً بقدر الأمان.

وما رواه مكحول عن النبى ﷺ أنه قال: «لا ربا بين المسلم والحربى فى دار الحرب»، ذكره محمد
 بن الحسن وأسعد البيهقى فى "المعرفة" فى كتاب السير عن الشافعى رحمه الله قال: قال أبو يوسف: إنما

جمع حق وهو مصدر حق الشيء إذا وجب

باب^(١) الحقوق

أي إلا أن يقول المشتري: بكل الخ

ثبت، ولهذا يقال: مرافق الدار حقوقها

العلو^(٢) لا يدخل ب شراء بيت بكل حق وبشراء^(٣) منزل

أي أو يقول: بمرافقه أي أو يقول: بكل... إلخ

إلا بكل حق هو له، أو بمرافقه، أو بكل قليل وكثير هو فيه أو

وهو بيت الماء أي لا أن يقول: بكل حق هو له أو نحو ذلك ن

منه، ودخل ب شراء دار كالكنيف^(٤) لا^(٥) الظلة إلا بكل حق هو

قال أبو حنيفة هذا لأن بعض المشيخة حدثنا عن مكحول عن رسول الله ﷺ أنه قال: لا ربا بين أهل الحرب، وأظنه قال: وأهل الإسلام، قال الشافعي: وهذا حديث ليس له ثبات، ولا حجة فيه. وقال في "المبسوط": هذا مرسل، ومكحول ثقة، والمرسل من مثله مقبول. (شرح النقاية)

(١) قوله: "باب" كان من حق مسائل هذا الباب أن تذكر في الفصل المتصل بأول البيوع إلا أن المصنف التزم ترتيب "الجامع الصغير"؛ ولأن الحقوق توابع، فيليق ذكرها بعد مسائل البيوع. (البحر)

(٢) قوله: "العلو [علو الدار وغيرها خلاف السفلى]" يعني إذا اشترى بيتاً فوقه بيت لا يدخل فيه العلو، ولو قال: بكل حق هو له ما لم ينص عليه؛ لأن البيت أم المسقف واحد يصلح للبيتوتة، والعلو مثله، والشيء لا يكون تبعاً لمثله، وأورد المستعير له أن يعير ما لا يختلف، والمكاتب له أن يكاتب عبده، فأجيب بأن ذلك ليس بطريق الاستتباع، بل لمالك المستعير المنفعة بغير بدل كان له أن يملك ما ملك كذلك، والمكاتب بعقد الكتابة لما صار أحق بمكاسبه كان له ذلك؛ لأن كتابة عبده من أكسابه. (البحر بحذف)

(٣) قوله: "وبشراء [أي ولا يدخل العلو ب شراء... إلخ]" أي لا يدخل العلو ب شراء منزل إلا أن يقول: بكل حق هو له، أو بمرافقه، أو بكل قليل أو كثير هو أو منه، أو ب شراء الدار يدخل العلو وإن لم يذكر شيئاً من ذلك، كما يدخل الكنيف؛ لأن الدار اسم لما أدير عليها الحدود من الحائط، ويشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف، والعلو من أجواء توابعه، فيدخل فيه من غير ذكر، والمنزل بين الدار والبيت؛ لأنه اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ يسكنه الرجل بأهله مع ضرب قصور فيه، فإنه ليس فيه إصطبل، فكان له شبه بهما، فأشبه بالدار يدخل تبعاً عند ذكر التوابع، وتشبهه بالبيت لا يدخل من غير ذكر توقيراً على الشبهين حفظهما. (الزيلعي بحذف)

(٤) أي كما يدخل ب شراء الدار وإن لم يصرح به طاق الكنيف منها.

(٥) قوله: "لا" أي لا تدخل الظلة في بيع الدار إلا إذا قال: بكل حق، وهي الساباط الذي يكون أحد طرفيه على الدار والآخر على الدار الآخر، أو على أسطوانات في السكة، وإنما لا تدخل عند أبي حنيفة لأنها مبنية على الطريق، فأخذت حكمه، وعندهما إن كان مفتوحاً في الدار تدخل مطلقاً؛ لأنها من توابعها كالكنيف. (البحر)

له، ولا^(١) يدخل الطريق والمسيل^(٢) والشرب^(٣) إلا بنحو كل

ن والرهن أو الوقف، فإنها تدخل وإن لم يقل: ذلك ف

حق هو له، بخلاف الإجارة فيها.

ذكره عقيب الحقوق للمناسبة بينهما لفظاً وهو معنى طلب الحق

باب الاستحقاق

البينة^(٤) حجة متعدية لا الإقرار، والتناقض يمنع^(٥) دعوى
أى لا يمنع التناقض دعوى الحرية^(٦)، والطلاق والنسب، مبيعة ولدت
أى لا يمنع التناقض دعوى الحرية^(٦)، أى جارية مبيعة. لا باستيلادته عند المشتري

(١) قوله: "لا" أى لا تدخل الثلاثة فى بيع الأرض أو المسكن إلا بذكر كل حق حتى ونحوه،
بخلاف الإجارة حيث تدخل مطلقاً لأن كلا منهما خارج عن الحدود، فكانت تابعة فتدخل بذكر
التوابع، وأما الإجارة فإنما المقصود منها الانتفاع، ولا يتحقق إلا بها. (البحر)
(٢) وهو موضع جريان الماء من المطر وغيره.

(٣) بكسر الشين: وهو النصيب من الماء فى بيع المسكن أو الأرض.

(٤) قوله: "البينة" أى البينة حجة متعدية إلى الغير تظهر فى حق كافة الناس إذا اتصل بها قضاء
القاضى لا الإقرار، يعنى ليس الإقرار بحجة متعدية إلى الغير؛ لأن البينة لا تصير حجة إلا بقضاء
القاضى، وللقاضى ولاية عامة، فينفذ قضاءه فى حق الكافة، والإقرار حجة بنفسه لا يتوقف على
القضاء. وللمقر ولاية على نفسه دون غيره، فيقتصر عليه، وهذا أصل الفروع الكثيرة، منها أنه إذا
اشترى عبداً ثم ظهر له مستحق بالبينة فإنه يرجع على البائع بالثمن؛ لأنه يثبت بها الملك من الأصل،
فيتعدى إلى الكل، ولو أقرببه المشتري لرجل أنه مستحق له لا يرجع بالثمن على البائع. (الزيلعى
والعيني بتصرف)

(٥) قوله: "يمنع" لأن القاضى لا يمكنه أن يحكم بالكلام للتناقض إذ أحدها ليس بأولى من الآخر
فسقطا، وهذا أصل لفروع كثيرة مذكورة فى الدعوى، ولا بأس بإيراد نبذة منها، فمن ذلك ما فى
الظهيرية: رجل ادعى على رجل مقداراً معلوماً بأنه دين له عليه، وأنكره المدعى عليه، ثم ادعى أن
ذلك المقدار عنده من جهة الشركة، فإنه لا تسمع دعواه؛ لأنه متناقض فى كلامه، ولو كان الأمر
بالعكس تسمع لإمكان التوفيق؛ لأن مال الشركة يجوز أن يكون ديناً بالبحود، والدين لا يصير مال
الشركة. (البحر)

(٦) قوله: "لا" لأن مبناها على الخفاء، فيعذر فى التناقض؛ لأن النسب يمتنى على العلوق،
والطلاق والحرية منفرد بهما الزوج والمولى، فتفرع على المسألة الأولى ما فى "المبسوط" من باب الإقرار
بالرق أن الأمة إذا أقرت بالرق فباعها المقر له جاز، فإن ادعه عتقا بهذا البيع، وأقامت البينة على عتق من
البائع، أو على أنها حرة من الأصل، قبلت بيئتها استحساناً.

أى فظهر لها مستحق. يعنى يأخذها المستحق مع ولدها. المشتري. أى لا يتبعها ولدها، فيأخذ المقر له الجارية فقط

فاستحققت بيينة يتبعها ولدها، وإن أقر بها لرجل لا^(١)، وإن^(٢)

أى لرجل يطلب شراء عبد لفلان إياه للمفاجأة أى ظهر حراً

قال عبد لمشتري: اشتري فأنا عبد، فاشتره فإذا هو حر، فإن

يعنى يدرى أين هو ولا بد لهذا الحكم من الإقرار بالرقية والأمر بالشراء.

كان البائع حاضراً أو غائباً غيبة معروفة، فلا شيء على العبد،

بالثمن، أى وإن لم يدر البائع أين هو؟ أى ورجع العبد. إن ظهر به

وإلا^(٣) رجوع المشتري على العبد، والعبد على البائع

مجهولاً

بخلاف^(٤) الرهن، ومن ادعى حقاً فى دار، فصولح على مائة،

وأما التناقض المعفو فى النسب فصورته : لو باع عبداً له عنده، وباعه المشتري من آخر، ثم ادعاه البائع الأول أنه ابنه، فتسمع دعواه، ويبطل الشراء الأول والثاني؛ لأن النسب يمتنى العلوق، فيخفى فيعذر فى التناقض، وأما الطلاق قصوره يعنى بما إذا اختلفت من زوجها، ثم أقامت بيته أنه كان طلقها ثلاثاً قبل الخلع، فإنه تقبل بيته، ولها أن تسترد بدل الخلع، وإن كانت متناقضة لاستقلال الزوج بإيقاع الثلاث عليها من غير أن يكون لها علم بذلك. (البحر بحذف)

(٧) المراد بها إن أنبيا على أنبيا، فإنه يعفى فيه المتناقض.

(١) قوله : "لا" وجه الفرق أن البينة حجة مطلقة، فإنها كاسمها مبنية، فيظن بما ملكه من الأصل، والولد كان متصلاً بها، فكان له، أما الإقرار فحجة قاصرة يثبت الملك فى المخبر به ضرورة صحة الإخبار، وقد اندفعت بإثباته بعد الانفصال، فلا يكون الولد له. (الكشف مع زيادة)

(٢) قوله : "وإن" تفريع على أن التناقض فى دعوى الحرية معفو عنه، فإن هذا الشخص أقر أولاً بالعبودية، ثم ظهر بعد ذلك أنه حر بدعواه، فكان متناقضاً، لكنه معفو عنه فى دعوى الحرية، فتقبل الشهادة. (البحر)

(٣) قوله : "وإلا" أى وإن كان البائع غائباً غيبة معروفة، بأن لم يدر مكانه، فإن المشتري يرجع على من قال له : اشتري فأنا عبد بما دفع إلى البائع من الثمن، ثم يرجع على من باعه بما رجع المشتري به عليه إن قدر، وإنما يرجع به على من باعه مع أنه لم يأمره بالضمان عنه لأنه أدى دينه، وهو مضطر فى أداءه، بخلاف من أدى عن آخر ديناً أو حقاً عليه بغير أمره، وليس مضطراً فيه، فإنه لا يرجع به. (البحر)

(٤) قوله : "بخلاف" يعنى إذا قال : ارتهني فلانى عبد، فارتته، فإذا هو حر حيث لا يرجع المرتهن على العبد بحال، سواء كان الراهن حاضراً أو غائباً؛ لأنه ليس بمعاوضة بل وثيقة، فلا يجعل الأمر به ضماناً للسلامة، أما البيع فعقد معاوضة، فأمكن أن يجعل الأمر به ضماناً للسلامة، كما هو موجه. (الزيلعى والكشف)

المدعى عليه على المدعى
والمسألة بحالها
فاستحق بعضها لم يرجع^(١) بشيء، ولو ادعى كلها رجع^(٢)
أى بقسط استحق
بقسطه.

فى بيع الفضولى فصل^(٣)

ومن^(٤) باع ملك غيره، فللمالك أن يفسخه، أو يجيزه إن
بلا أمره
أى أن يفسخ البيع و البيع

(١) قوله: "لم يرجع" لجواز أن يكون دعواه فى ما بقى، وإن قل، فما دام فى يده شىء لم يرجع، قيد باستحقاق بعضها؛ لأنها لو استحق كلها رجع بما دفع للتيقن بأنه أخذ عوضاً عما لا يملكه فيرده. (البحر)

(٢) قوله: "رجع [المدعى عليه على المدعى]" لأن الصلح على مائة وقع عن كل الدار، فإذا استحق منها شىء تبين أن المدعى لا يملك ذلك القدر، فيرد بحسابه من العوض. (الزيلعى)

(٣) قوله: "فصل" قال الإتقانى: مناسبة هذا الفصل بباب الاستحقاق ظاهرة جداً، فإن المال فى الصورتين جميعاً فى يد صاحب اليد بلا إذن المالك. (الشلبى)

(٤) قوله: "ومن" أى إذا باع أيتأحد ملك غيره بغير أمره، فمالكه مخير بين أن يفسخ العقد إن شاء، أو يجيزه، وهذا الخيار مشروط بشرط الأول بقاء العاقدين، وهما البائع الفضولى والمشتري منه، والثانى بقاء المعقود عليه وهو المبيع، والثالث بقاء المعقود له، وهو المالك، والرابع بقاء المعقود به وهو الثمن، ولكن شرطية بقاء الثمن مشروطة بعوضيته، يعنى إن كان المعقود به عرضاً فلا بد لهذا الخيار من بقاء الثمن، وإلا فلا.

وجه الاشتراط: أن الإجازة تصرف فى العقد، فلا بد من قيامه، وذلك بقيام هذه الأربعة، ولو مات المالك لا ينفذ إجازة الوارث؛ لأنه يتوقف على إجازة المورث بنفسه، فإن الإجازة اختيار العقد، والاختيار عرض غير قابل للنقل، قال الشافعى: لا ينعقد البيع، إذ لا ولاية له شرعاً؛ لأنها بالملك، أو بإذن المالك، وقد فقد، ولا انعقاد إلا بالولاية الشرعية.

ولنا: أن التصرف صدر من أهله فى محله، فوجب القول بانعقاد، إذ لا ضرر فيه لأحد، أما المالك فلتخيره بل حصل به نفع الكفاية عن طلب المشتري وقرار الثمن، وأما العاقد فله فيه نفع أيضاً لصون كلامه عن الإلغاء، ولحصول الثواب إذا نوى إيصال الخير لأخيه المسلم، وأما المشتري فله نفع أيضاً لو صوله إلى حاجته، فثبتت القدرة الشرعية لهذه الوجوه كيف والإذن ثابت دلالة؛ لأن العاقل يأذن لى التصرف النافع. (عز)

بقي العاقدان والمعقود عليه وله وبه لو عرضاً، وصح^(١) عتق
اسم فاعل من الاشتراء أى عبثه وباعه له من المالك
 مشتر من غاصب بإجازة بيعه لا بيعه، ولو قطعت^(٢) يده
الأرض: دية الجراحات جمع أروش أى فأرشد يد العبد يكون لمشتريه المشتري
 عند المشتري، فأخذ أرشه فأجيز^(٣) فأرشه لمشتريه، وتصدق^(٤)
من الأرض شخص أى أقام بينة
 بما زاد على نصف الثمن، ولو باع عبد غيره بغير أمره فبرهن
الفضولي
 المشتري على إقرار البائع، أو رب العبد^(٥) أنه^(٦) لم يأمره
أى بيع العبد المذكور. المشتري المذكور بينته
 بالبيع، وأراد رد البيع لم تقبل^(٧) بينته، وإن أقر البائع بذلك

(١) قوله: "وصح" معناه لو غصب رجل عبداً وباعه، فأعتقه المشتري، فأجاز المالك البيع جاز عتقه، ولو لم يعتقه المشتري، ولكن باعه لم يجز بيعه، أما الأول ففيه خلاف لمحمد رحمه الله تعالى، فإنه قال: لا يصح كما لا يصح إعتاق المشتري من الغاصب إذا أدى الغاصب الضمان، ولهما: أنه ثبت له ملك موقوف بتصرف مطلق موضوع لإفادة الملك، ولا ضرر فيه كإمارة، فيتوقف الإعتاق مرتباً عليه، وينفذ بنفاذه، كإعتاق المشتري من الراهن، وأما إعتاق المشتري من الغاصب إذا أدى الغاصب الضمان فثابتاً فذكره هلال، وهو الأصح.

وأما الثانى فثبتت الملك للمشتري موقوفاً ثم بالإجازة ثبت للبائع -وهو المشتري الأول- ملك بات فإذا طرأ على ملك موقوف لغيره بطله. (الزيلعى والكشف بتصرف)

(٢) قوله: "ولو قطعت" أى لو قطعت يد عبد باعه الفضولى، ثم أجاز مالكة البيع، يكون أرض اليد للمشتري؛ لأن الملك ثبت له من وقت الشراء، فتبين أن القطع ورد على ملكه، وعلى هذا كل ما يحدث من البيع من كسب، أو ولد وعقر قبل الإجازة، فهو للمشتري. (الزيلعى)

(٣) أى ثم أجاز مالكة البيع، أى لا يصح بيع المشتري من الغاصب بإجازة المالك البيع الأول.

(٤) فيه من شبهة عدم الملك لثبوته استناداً.

(٥) أى أدير من المشتري على رب العبد أى مالكة أنه... إلخ.

(٦) أى أن كل واحد من البائع أو مالك العبد.

(٧) قوله: "لم تقبل" أى لا تقبل بينته لبطلان دعواه بالتناقض إذا قدمهما على العقد، وهما عاقلان اعتراف منهما بصحة ونفاذه، والبيئة لا تبني الأعلى دعوى صحيحة، فإذا بطلت الدعوى لا تقبل، وقوله: بغير أمره زائد، وإن وقع فى "الجامع الصغير"؛ لأنه ليس من صورة المسألة. (البحر مع زيادة)

بأن رب العبد لم يأمره بالبيع ^(١) البيع إن طلب المشتري ذلك، ومن ^(٢) باع ^{بغير إذنه} عند القاضي بطل ^{بطلان البيع} دار غيره، فأدخلها المشتري في بناءه لم يضمن البائع.

باب ^(٣) السلم ^(٤)

لأنه لا يفضى إلى المنازعة ^{يعني كل شيء} ما أمكن ضبط صفته ومعرفة قدره صح السلم ^{كالبئر والشعير ونحوهما} فيه، وما لا ^(٥) فلا، فيصح ^(٦) في المكيل والموزون ^(٧) المثلث ^(٨)

(١) قوله: "بطل" لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار لعدم التهمة، فللمشتري أن يساعده فيه، فيتفian فينتقض في حقهما، وهو المراد بطلان البيع في عبارة لا في حق رب العبد إن كذبهما، وادعى أنه كان أمره، فإذا لم ينسخ في حقه يطالب البائع بالثمن عندهما؛ لأنه وكيله، وليس له مطالبة المشتري لبراءته بالتصادق، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى له أن يطالبه. (البحر)

(٢) قوله: "ومن" ومعنى المسألة: إذا باع دار غيره بغير إذنه، ثم اعترف البائع بالغصب، وأنكر المشتري، لم يضمن البائع للدار؛ لأن إقرار البائع لا يصدق على المشتري، ولا بد من إقامة البينة حتى يأخذها، فإذا لم يقيم المستحق، وهو صاحب الدار البينة كان التلف مضاعفاً إلى عجزه عن إقامة البينة لا إلى عقد البائع؛ لأن الغاصب لا يجوز بيعه، فعلى هذا التقدير يعلم أن قوله: فأدخلها المشتري في بناءه وقع اتفاقاً، إذ لا تأثير للإدخال في البناء في ذلك. (الزيلعي)

(٣) قوله: "باب" لما كان من أنواع البيوع، ولكن شرط فيه القبض كالصرف أخرهما، وقدمه على الصرف؛ لأن الشرط في الصرف قبضهما، وفي السلم قبض أحدهما، فهو بمنزلة المفرد من المركب. (المجمع)

(٤) قوله: "السلم" هو لغة: كالسلف وزناً ومعنى، وشرعاً: بيع أجل وهو السلم فيه بعاجل، وهو رأس المال. (الدر)

(٥) قوله: "وما لا" أي ما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه؛ لأنه دين، وهو لا يعرف إلا بالوصف، فإذا لم يمكن ضبطه به يكون مجهولاً جهالته تفضي إلى المنازعة، فلا يجوز كسائر الديون. (الزيلعي)

(٦) شرع يبين الفصلين بالفاء التفصيلة بقوله: فيصح... الخ.

(٧) كالعسل والزيت ونحوهما.

(٨) قوله: "المثلث [لا الثمن]" قيد الثمن احترازاً عن الدراهم والدنانير، فإنها وإن كانت موزونة لكنها ثمن، فلا يجوز الإسلام فيها؛ لأن السلم تعجيل الثمن، وتأجيل المبيع، ولو جاز فيها انعكس،

أى وكالفلس لأنه عددى يمكن ضبطه، فيصح السلم فيه ^{د ز} كالجوز والبَيْض والفلس واللِّين ^{ك و} (٣) والمتقارب (١) العددى (١) المتقارب (٢) كالجوز والبَيْض والفلس واللِّين (٣) والآجر (٤) إن سُمى ملبن معلوم، والذرعى (٥) كالثوب (٦) إن ^{أي ويعد ذكر الجنس والنوع. بأنه قطن أو كتان أو مركب منهما} بين الذراع (٧) والصفة (٨) والرقعة والصنعة (٩)، لا (١٠) فى الحيوان (١١) وأطرافه (١٢) والجلود (١٣) عددًا، أو الحطب (١٤) ^{ك و ف د ك د من حيث العدد}

فإذا لم يقع سلمًا يكون باطلاً. (البحر)

(١) أى يصح فى العددى المتقارب؛ لأنه معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم.

(٢) والتفاوت فى هدر عرفًا.

(٣) قوله: "واللبن [اللبن - بكسر الباء - ما يعمل من الطين يبنى به]" أى يصح السلم فى اللبن والآجر إن عيّن بلبنهما؛ لأن أحادهما لا تتفاوت إذا عيّن الآلة، وإذا لم تعين لا يجوز لإفضاء إلى المنازعة. (البحر مع تصرف وزيادة)

(٤) بضم الجيم وتشديد الراء من المدّ أشهر من التخفيف وهو اللبن إذا طبخ.

(٥) قوله: "والذرعى" أى ويصح السلم أيضًا فى الذرعى إذا بين ذراعه وصفته، وصنعتة؛ لأنه يصير معلومًا بذكر هذه الأشياء، فلا يؤدى إلى النزاع، وإن كان ثوب حرير يباع بالوزن لا بد من بيان وزنه مع ذلك؛ لأنه يصير معلومًا به. (الزيلعى مع زيادة)

(٦) أى ويصح السلم فى المذروعات؛ لأنه يمكن ضبطها بما ذكرنا.

(٧) أى قدره كذا كذا ذراعًا.

(٨) ولا بد من ذكر الوزن فى ثوب الحرير، سواء تزيد قيمته بالثقل أو بالخفة.

(٩) بأنه عمل الشام أو الروم.

(١٠) قوله: "لا" أى لا يصح السلم فيه، ولو بين النوع والسنّ والصفة لفحش التفاوت بالمالية مع ما ذكر باعتبار المعانى الباطنة، فيفضى إلى النزاع، بخلاف الثياب لأنها مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان نسجًا على منوال، وقد صحّ أنه ﷺ نهى عن السلم فى الحيوان، رواه الحاكم والدارقطنى. (الكشف مع تصرف)

(١١) أى لا يصح السلم، لتفاوت أحاده؛ لأنه وإن أمكن ضبط ظاهره لا يمكن باطنه.

(١٢) كالرأس والأكارع لفحش التفاوت.

(١٣) قوله: "والجلود" أى لا يجوز السلم فيها للتفاوت الفاحش إلا أن يبين ضربًا معلومًا وطولا

أى لا يصح السلم فيها للتفاوت نحو الباقوت بأنواعه نحو العقيق
 حُزْمًا^(١) والرطبة جرزًا، والجوهر^(٢) والخرز^(٣)

عند العقد أو المثل أو بينهما (ك ف ط) السلم بين حيث الوزن
 والمنقطع^(٤) والسّمك^(٥) الطّرى، وصح وزنا لو مالخًا^(٦)،

واللحم^(٧) وبمكيال^(٨) أو ذراع لم يدر قدره، وبر^(٩) قرية أو تمر

وعرضًا وصفة معلومة من الجودة والرداءة، فيجوز حينئذٍ عددًا ووزنًا. (البحر)

(١٤) قوله: "والخطب" أى لا يجوز السلم فيها للتفاوت الفاحش؛ لأنه مجهول لا يعرف طوله وغلظه، حتى لو عرف ذلك، بأن بين الحبل الذى يشد به الخطب والرطبة وبين طوله وضبط ذلك بحيث لا يؤدى إلى النزاع جاز. (البحر)

(١) بضم الحاء وفتح الراء: جمع حزمة أى مشدودًا بشدة شدة كل حزمة.

(٢) قوله: "والجوهر" أى لا يصح السلم أيضًا فى الجواهر والخرز لتفاوت أحاده الأصغار اللؤلؤ التى تباع وزنًا يجوز السلم فيها وزنًا؛ لأنها تباع به، فأمكن معرفة قدرها. (البحر)

(٣) الخرز - بالتحريك - الذى ينظم وخرزات الملك جواهر تاجه، يقال: كان الملك إذا ملك عامًا زيدت فى تاجه خرزة ليعلم عدد سنى ملكة. (الطحاوى)

(٤) قوله: "والمنقطع" أى لا يجوز السلم فى الشئ المنقطع لفوت شرطه، وهو أن يكون موجودًا من حين العقد إلى حين المحل - بكسر الحاء - مصدر ميمى من الحلول، حتى لو كان منقطعًا عند العقد موجودًا عند المحل أو بالعكس، أو منقطعًا فيما بين ذلك لم يجز؛ لأنه غير مقدور التسليم لتوهم موت المسلم إليه، فيحل الأجل، وهو منقطع، فيتضرر رب السلم، وجد الانقطاع أن لا يوجد فى الأسواق التى تباع فيها، وإن كان فى البيوت وفى "البنية" معزياً إلى "مبسوط أبى اليسر": "ولو انقطع إقليم دون إقليم لا يصح السلم فى الإقليم الذى لا يوجد فيه؛ لأنه لا يمكن إحضاره إلا بشقة عظيمة، فيعجز عن التسليم. (البحر بحذف)

(٥) قوله: "والسّمك" أى لا يجوز فيه؛ لأنه ينقطع عن أيدي الناس فى الشتاء لانجماد المياه، حتى لو كان فى وقت لا يتتفع فيه جاز وزنًا، والحاصل كما فى "شرح الطحاوى": أنه إما أن يكون طريًا أو مالخًا، ولا يخلو إما أن يسلم عددًا أو وزنًا، فإن أسلم فيه عددًا لم يجز مطلقًا للتفاوت، وإن أسلم فيه وزنًا فإن كان مملوحًا يجوز وإن كان طريًا، فإن كان العقد فى حينه، ولا ينقطع فيما بينهما جاز وإلا فلا. (البحر)

(٦) أى لو كان السمك مالخًا، هو الذى شق بطنه وجعل فيه الملح.

(٧) قوله: "واللحم" [أى ولا يصح السلم أيضًا فى اللحم] أى ولا يصح السلم فى اللحم عند أبى حنيفة، ولو منزوع العظم على الأصح فى الروايتين عنه، ويصح عندهما كمالك والشافعى مطلقًا إن بين جنسه ونوعه وسنّه وصفته وموضعه وقدره، كشاة خصى ثنى سمين من الجنب كذا رطل بكذا

كالخنطة والتمر كالنقى كالجيد والردىء والوسط كقوله: إلى شهر ونحوه

نخلة معينة، وشرطه^(١) بيان الجنس والنوع والصفة والقدر^(٢)

إذا كان العقد يفتى على مقداره

والأجل^(٣)، وأقله^(٤) شهر، وقدر رأس المال فى المكيل

أى إيفاء المسلم فيه أى فى الذى بالفتح: الثقل ومؤنته

والموزون والمعدود، ومكان الإيفاء فيما له حمل من

يصح، كما يصح فى الإلية والشحم والسبك وزناً، وبه يفتى . (شرح النقاية)

(٨) قوله: "وبمكيال" أى لا يجوز السلم بذراع معين أو بمكيال معين لا يعرف قدره؛ لأنه يحتمل أن يضيع، فيؤدى إلى النزاع، بخلاف البيع به حالاً حيث يجوز؛ لأن التسليم فيه يجب فى الحال، فلا يتوهم فوته، وفى السلم يتأخر التسليم فيخاف فوته . (الزيلعى)

(٩) قوله: "وبر" أى لا يجوز السلم فيهما لاحتمال أن يعتبر بهما آفة، فلا يقدر على تسليمهما، وإليه أشار عليه السلام بقوله: إذا منع الله الثمرة فبم يستحل أحدكم مال أخيه، ولو كانت النسبة لبيان النوع، بأن كان له نظير، فلا بأس به . (الزيلعى)

(١٠) قوله: "وشرطه" أى شرط جواز السلم تسعة أشياء، ذكر الشيخ منها ثمانية، والشرط التاسع الذى لم يذكره الشيخ هو القدرة على تحصيل المسلم فيه، أما اشتراط بيان الجنس والنوع والصفة والقدر فلأن المسلم فيه قد يختلف باختلاف هذه الأشياء، فلا بد من بيانها لقطع المنازعة .
وأما بيان الأجل فللقوله عليه الصلاة والسلام: من أسلف فى شىء فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم، وأقل الأجل فى السلم شهر، كذا روى عن محمد، وهو الأصح، وعليه الفتوى .

وأما بيان قدر رأس المال الكيلى والوزنى العددي فلأنه ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه، فيحتاج إلى رد رأس المال، فيجب أن يكون معلوماً، وأما بيان مكان الإيفاء فلأن التسليم غير واجب فى الحال، فلا يتعين مكان العقد للتسليم بخلاف القرض والغصب والاستهلاك، فإن تسليمها يستحق بنفس الالتزام، فليتعين موضعه، فإن لم يتعين بقى مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة، لاختلاف القيم باختلاف الأماكن، فلا بد من البيان دفعاً للمنازعة، وصار كجهالة الوصف .

وأما قبض رأس المال فلأن السلم يبنى عن أخذ عاجل بأجل، وذلك بالقبض قبل الافتراق ليكون حكمه على وفق ما يقتضيه اسمه كما فى الحوالة والكفالة والصرف، ولا فرق فى ذلك بين أن يكون رأس المال مما يتعين أولاً؛ لما ذكرنا، وهذا الأخير شرط بقاء السلم على الصحة؛ لأنه ينعقد صحيحاً، ثم يبطل بالافتراق لا إن قبض . (محمد إعزاز على رحمه الله تعالى)

(٢) كقوله: عشرة أكرار فى المكيلات، وعشرة أرتال فى الموزونات، وعشرة أعداد فى المعدودات . (العينى)

(٣) فلا يصح السلم إلا مؤجلاً .

(٤) أى أقل الأجل فى السلم .

كالبر كالمسك دار كافور القليلين ^{والمسلم إليه} الأشياء، وما لا حمل له يوفيه حيث شاء^(١)، وقبض رأس المال
 أى قبل افتراق المتعاقدين ^{أى قبل افتراق المتعاقدين} قبل الافتراق، فإن^(٢) أسلم مائتى درهم فى كر^(٣) بر مائة
 صفة للمائة أى علم المسلم إليه. صفة أى مائة منقودة أى فى حصص الدين
 ديناً عليه ومائة نقداً فالسلم فى الدين باطل، ولا
 للمسلم إليه ولا لرب السلم راجع إلى المسلم إليه ^{راجع إلى رب السلم} يصح^(٤) التصرف فى رأس المال والمسلم فيه قبل القبض^(٥)
 أو مرابحة أى رب السلم والمسلم إليه بعد عقده ^{زف} بشركة أو تولية، فإن تقايلا السلم لم يشتتر^(٦) من المسلم

(١) لعدم الاحتياج إلى بيان مكان الإيفاء بالإجماع.

(٢) قوله: "فإن" أى كان لرجل على رجل مائة ديناً، فأعطى الدائن المدين مائة أخرى، وقال: أسلمتها فى كبر، فالسلم فى حصص الدين باطل؛ لأنه دين بدين، وصح فى النقد لوجود قبض رأس المال بقدره، ولا يختلج فى قلبك عدم إشاعة فساده؛ لأنه طارئ بعارض الافتراق لا عن قبض، فإن العقد كان وقع صحيحاً فى الكل، ولذا لو نقد الكل قبل الافتراق عاد صحيحاً. (محمد إعزاز على رحمه الله تعالى)

(٣) بضم الكاف وتشديد الراء: ستون قفيزاً، والقفيز ثمانية مكاكيك، والمكوك صاع ونصف. (العينى)

(٤) قوله: "ولا يصح" لأن المسلم فيه مبيع، والتصرف فى المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز، ورأس المال مستحق فى القبض فى المجلس، والتصرف فيه مفوت له، فلم يجز، ففى التولية تمليكها بعوض، وفى الشركة تمليك بعده بعوض، فلم يجز.

وصورة الشركة فيه أن يقول رب السلم لآخر: أعطنى نصف رأس المال ليكون نصف المسلم لك فيه، وصورة التولية أن يقول لآخر: أعطنى مثل ما أعطيت المسلم إليه حتى يكون المسلم فيه لك، وإنما صرح بالتولية لرد قول من قال بجواز بيع المسلم فيه مرابحةً وتوليةً، وجزم به فى "الحاوى"، وهو قول ضعيف، والمذهب منعهما، وقد أشار إلى منع بيع السلم بالأولى، سواء كان من عليه أو من غيره، فلو باع رب السلم المسلم فيه من المسلم إليه بأكثر من رأس المال لا يصح، ولا يكون إقالة. (البحر ملخصاً)

(٥) أى قبل قبض المسلم إليه رأس المال، وقبل القبض رب السلم المسلم فيه.

(٦) قوله: "لم يشتتر" أى لا يجوز له أن يشتري قبل القبض على رأس المال شيئاً بحكم الإقالة. لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك»، أخرجه الدارقطنى عن سعيد الجوهري وعلى بن حسين الدرهمى باللفظ المذكور، وقال: اللفظ للدرهمى، ورواه ابن ماجه معناه عن عطية العوفى وعطية العوفى، ضعفه أحمد، ورواه الترمذى وحسنه، أى سلمك حال قيام العقد، أو

إليه برأس المال شيئاً، ولو اشترى المسلم إليه كراً^(١) وأمر
 أى بقبض الكر الذى اشتراه، ولم يقبضه.
 لرَب السلم بقبضه قضاء^(٢) لم يصح، وصح^(٣) لو قرضاً، أو
 أى فإكتاله له، ثم أكتاله لنفسه المسلم إليه وفى نسخة: قضاء
 أمره بقبضه له ثم لنفسه ففعل، ولو أمره^(٤) رب السلم أن يكيّله

رأس مالك حال انفساخه . (الكشف)

(١) من الحنطة وكان رب السلم أسلم إليه فى كرّ حنطة .

(٢) أى لأجل القضاء عما عليه من الكرّ المسلم فيه .

(٣) قوله : " وصح " أى وصح القضاء لو كان الكرّ قرضاً ، بأن أقرضه كراً من الحنطة ، ثم إن المستقرض اشترى كراً من غيره ، وأمر المقرض بقبضه قضاء لحقه ، فإنه يصح ، وإن لم يعد الكيل ، أو أمر المسلم إليه رب السلم بقبض الكرّ لأجل المسلم إليه ، ثم بقبضه ثانياً لنفس رب السلم بأن يعيد الكيل ثانياً ، ففعل رب السلم ذلك ، بأن أكتال أولاً بأجل المسلم إليه ، ثم أكتال ثانياً لنفسه ، فإنه يصح ، ويكون ذلك قضاء لحقه .

فإن قلت : ما الفرق بين هاتين المسألتين والمسألة الأولى حيث لم يصح القضاء فيها ، وصح هما ؟ قلت : الفرق بينهما كما فى البحر أنه إذا اجتمع هنا صفتان ، صفقة بين المسلم إليه وبين المشتري منه ، و صفقة بين المسلم إليه وبين رب السلم كلاهما بشرط الكيل ، فلا بد من الكيل مرتين ، ولم يوجد فى الأولى ، وهى ما إذا أمر المسلم إليه رب السلم بقبضه من البائع قضاء لحقه ، فلم يصح ، ووجد فى الثانية ، وهى أما إذا أمر رب السلم بقبضه له بأن يكيّله ثم يقبضه لنفسه بالكيل ثانياً ، والأصل فيه أنه ﷺ نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان ، صاع البائع وصاع المشتري ، ومحملة على ما إذا اجتمعت الصفقتان فيه ، وأما فى صفقة واحدة فيكتفى بالكيل فيه مرة فى الصحيح . (العيني مع تغيّر ومحمد إعزاز على غفر له)

(٤) قوله : " ولو أمره " يعنى لو دفع رب السلم إلى المسلم إليه ظرفاً مثل الغرائر ، وأمر المسلم إليه أن يكيل الطعام المسلم فيه ، ويجعله فى الظرف ، ففعل المسلم إليه ، ورب السلم غائب ، لم يكن قبضاً ، ولو كان مكان السلم مشتري ، بأن اشترى برأ معيناً ، ودفع المشتري إلى البائع ظرفاً ، وأمره أن يكيّله ، ويجعله فى الظرف ، ففعل البائع والمشتري غائب صح ، وهو المراد بقوله : بخلاف المبيع ، والفرق أن رب السلم حقه فى الذمة ، ولا يملكه إلا بالقبض ، فلم يصادف أمره ملكه ، فلا يصح ، فيكون المسلم إليه مستعيراً للظرف جاعلاً فيه ملك نفسه كالدائن إذا دفع كيساً إلى المدين ، وأمره أن يتزن دينه ، ويجعله فيه لم يصّر قابضاً بوزنه ، وصح الأمر فى البيع لمصادفته ملكه لكونه صار مالكاً للعين بنفس العقد ، فصار البائع وكيلاً عنه فى إمساك الغرائر ، فصارت فى يد المشتري حكماً ، وصار الواقع فيها واقعاً فى يد المشتري . (الزيلعى والبحر)

و عليه أن يكيله ثانيًا بحضرة المشتري

المسلم إليه بأن كان له في ظرفه. حالة

في ظرفه ففعل وهو غائب لم يكن قبضًا، بخلاف

المبيع، ولو أسلم أمة في كرو قبضت الأمة فتقايلا فماتت^(١)، أو

ماتت قبل الإقالة بقي^(٢) وصح^(٣)، وعليه قيمتها، وعكسها^(٤)

شراءها بألف، والقول^(٥) لمُدعى الرداءة^(٦) والتأجيل^(٧) لا لنافي

(١) قوله: "فماتت [أى ثم ماتت الأمة قبل أن يقبضه رب السلم بحكم الإقالة فى يد المسلم إليه]"
يعنى ماتت الأمة بعد الإقالة قبل أن يقبضها رب السلم بحكم الإقالة، أو ماتت قبل الإقالة ثم تقايلا بعد موتها بقيت الإقالة على حالها، ولم تبطل بموتها فى الأول، وصحت الإقالة بعد موتها فى الثانية، ويجب على المسلم إليه قيمته الجارية فيهما يوم قبضها؛ لأن شرط صحة الإقالة بقاء العقد، وهو يبقى بقاء المعقود عليه، والمعقود عليه فى السلم هو المسلم فيه، وهو باق فى ذمة المسلم إليه بعد هلاك الجارية فصحت الإقالة ابتداء، وكذا يبقى بعد الهلاك؛ لأن البقاء أسهل من الابتداء، فإذا انفسخ العقد يجب عليه رد الجارية، وقد عجز بموتها، فيجب عليه قيمتها لقيامها مقامها، كما لو تقايضا عبداً بجارية ثم تقايلا بعد هلاك أحدهما فإنه يصح لبقاء أحدهما، ويجب رد الباقي منهما، ويجب على الآخر قيمة الهالك لما قلنا. (الزيلعى)

(٢) أى التقاييل أى الإقالة لأحدهما فى المسألة الأولى.

(٣) أى التقاييل أى الإقالة بعد موتها فى الثانية.

(٤) قوله: "وعكسها [وفى نسخة: عكسه]" أى عكس مسألة السلم شراء الجارية بألف، فإن الحكم فيها لو ماتت الجارية بعد الإقالة قبل القبض بطلت الإقالة، ولو تقايلا بعد هلاكها ابتداء لا يصح؛ لأن المعقود عليه فيها هى الجارية، فلا تصح الإقالة بعد هلاكها ابتداء، ولا تبقى لانعدام المحل، فكانت عكس الأولى، بخلاف بيع المفاضة حيث تصح الإقالة ابتداء بعد هلاك أحدهما، ولا تبطل به؛ لأن كل واحد من العوضين فيه معقود عليه، لكونه مبيعاً من وجه، فبقى العقد بقاء أحدهما. (الزيلعى)

(٥) قوله: "والقول" يعنى إذا اختلفا فى اشتراط الوصف فى المسلم فيه، بأن قال أحدهما شرطنا ردبا، وقال الآخر: لم نشترط شيئاً، أو قال أحدهما شرطنا الأجل، وقال الآخر: لم نشترط شيئاً، كان القول من يدعى اشتراط الوصف والأجل؛ لأنه يدعى الصحة، إذ السلم لا يجوز إلا مؤجلاً موصوفاً، فكان الظاهر شاهداً له؛ لأن الفاسد حرام، والظاهر من حال المسلم أن يتجنب الحرام ويباشر المباح. (الزيلعى)

(٦) بأن قال: هو شرطنا طعاماً رديئاً، وقال الآخر: لم تشترط شيئاً.

(٧) أى ولمدعى التأجيل، بأن قال وهو شرطنا التأجيل، وقال الآخر: لم نشترط شيئاً.

وهو الردائة للإجماع العلى ز ف ك د
 الوصف والأجل، وصح السلم والاستصناع^(١) فى نحو^(٢)
 خُفَّ وَطَسَتْ وقمقم وله^(٣) الخيار إذا رآه، وللصانع^(٤) بيعه قبل
 أن يراه، ومؤجله^(٥) سلم.

(١) قوله: "والاستصناع" هو لغة: طلب العمل متعد إلى مفعولين، وشرعاً: بيع ما يصفه عيناً، فيطلب فيه من الصانع العمل والعين جميعاً، فلو كان العين من المستصنع كان إجارة لا استصناعاً، وكيفيته أن يقول لصانع كخفاف: مثلاً اصنع لى من مالك خفّاً من هذا الجنس بهذه الصفة بعشرين . (المجمع)

(٢) قوله: "فى نحو" أما السلم فلأنه يمكن ضبط صفتة ومعرفة قدره، فوجب القول بجوازه إذا اجتمعت فيه شرائطه على ما بينا من قبل، وأما الاستصناع فلا إجماع الثابت بالعمل من لدن النبى ﷺ إلى يومنا هذا، وهو من أقوى الحجج، فقد استصنع النبى ﷺ خاتماً ومنبراً، وهذا استحسان، والقياس أن لا يجوز؛ لأنه بيع المعدوم، وهو منهى عنه، ولكن ترك العمل به بما ذكرنا، والقياس يترك بمثله . (الزىلعى بحذف)

(٣) قوله: "وله" أى للمستصنع الخيار إذا رأى المصنوع؛ لأنه اشترى ما لم يره، بخلاف السلم؛ لأنه لا فائدة فى إثبات الخيار فيه؛ لأنه كلما رده عليه أعطاه غيره لكونه غير متعين، إذ المسلم فيه دين فى الذمة، فيبقى فيها حتى يقبضه، وهذا يفيد الفسخ؛ لأنه يتعين بالإحضار، ولا خيار للصانع؛ لأنه باع ما لم يره . (الزىلعى)

(٤) قوله: "وللصانع" لأنه لا يتعين إلا باختيار المستصنع، وقبل أن يراه كان له أن يبيعه لعدم تعينه، وإذا رآه ورضى به ليس له أن يبيعه؛ لأن بالإحضار أسقط خياره، ولزم من جانبه، فإذا رضى به المستصنع ثبت اللزوم فى حقه أيضاً . (الزىلعى)

(٥) قوله: "ومؤجله" أى إذا أجله المستصنع صار سلماً، فيراعى فيه شرائط السلم، وقال: مؤجله استصناع إن كان فيه تعامل، وله أن جواز السلم بإجماع لا شبهة فيه، وفى تعاملهم الاستصناع نوع شبهة؛ لأن فيه خلاف زفر والشافعى رحمهما الله، فكان الحمل على السلم أولى . (البحر والكشف بتصرف)

من أبواب شتى

باب المتفرقات

ولو عفوراً^(١) سبيع معروف جمعه فهود بسائر أنواعها
 صحَّ بيع الكلب^(١) والفهد والسباع والطيور^(٢)، والذمي
 أى في جميع المعاملات من الصرف والسلم وغيرهما
 كالمسلم^(٣) فى بيع غير الخمر والخنزير، ولو قال: بع عبدك
 من زيد بألف على أنى ضامن لك مائة سوى الألف فباع^(٤)
 البيع درهم، ويأخذه من المشتري بالمائة هذا القائل كلمة من الثمن أى تجب على زيد
 صح بألف، وبطل الضمان، وإن زاد^(٥) من الثمن، فالألف على
 زيد، والمائة على الضامن، ووطء^(٦) زوج المشتراة قبض لا
 أى تجب على الضامن زف أى الأمة للأمة

(١) قوله: "الكلب" وشرط الأئمة بجواز بيع الكلب ونحوه أن يكون معلماً، أو قابلاً للتعليم، وقال الشافعى: لا يصح بيع الكلب مطلقاً، لأنه نجس العين كالخنزير، وكذا عندنا فى رواية، وهو قول أحمد وبعض أصحاب مالك، والمشهور من مذهبه الجواز، وأما اقتناء الكلب للصيد، أو لحفظ الزرع أو المواشى أو البيوت فجائزة بالإجماع؛ لهم ما روى البخارى ومسلم من حديث أبى سعيد الأنصارى أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب ومهر البغى وحلوان الكاهن، ولنا ما روى أبو حنيفة فى "مسنده" عن الهيثم عن عكرمة عن ابن عباس قال: رخص رسول الله ﷺ فى ثمن كلب الصيد. (شرح النقاية)

(٢) لأنها حيوان يجوز الانتفاع بها شرعاً.

(٣) قوله: "كالمسلم" لقوله عليه الصلاة والسلام فى ذلك الحديث: فاعلمهم أن لهم ما للمسلمين، وعليهم ما على المسلمين؛ ولأنه مكلف محتاج، وأما الخمر والخنزير فمال فى اعتقادهم، ونحن أمرنا بتركهم وما يعتقدون. (الكشف)

(٤) الرجل عبده بهذا الشرط.

(٥) قوله: "زاد" يعنى زاد هذه الكلمة بأن قال: بع عبدك من زيد بألف على أنى ضامن لك مائة من الثمن سوى الألف، فإنه يصح ويكون الألف على المشتري، والمائة على الضامن؛ لأن فى الأول يصير التزاماً ابتداءً، وهو رشوة، وفى الثانى يصير زيادة فى الثمن، وهى جائزة من الأجنبى، ولا رجوع له بها على المشتري، ولا تظهر فى حق الشفيع والمرابحة. (الزيلعى والبحر)

(٦) قوله: "وطء" يعنى لو اشترى أمة وزوجها للمشتري قبل القبض صح النكاح لوجود الملك فى الرقبة على الكمال، بخلاف البيع لأنه يبطل بالغرور، ويشترط فيه القدرة على التسليم، بخلاف ألا ترى أن تزويج الأبق يجوز دون بيعه، ثم إذا جاز النكاح فإن وطءها كان قبضاً لها؛ لأن الوطء من الزوج حصل بتسليط المشتري، فصار منسوباً إليه، كأنه فعله بنفسه، وإن لم يطأها لا يكون قبضاً لها.

أى منقولاً إذ العقار لا يبيعه القاضى. أى أقام بينة
 عقده^(١)، ومن^(٢) اشترى عبداً، فغاب^(٣) فبرهن البائع على
 حالته وطلب من القاضى أن يبيعه بدينه. وأى لم يبيع القاضى.
 بيبعه^(٤) وغيبته معروفة، لم يبع بدين البائع^(٥) وإلا^(٦) يبع بدينه،
 بأن اشترى شيئاً، فغاب أحدهما قبل القبض.
 ولو غاب^(٧) أحد المشتريين فللحاضر دفع كل الثمن،

(الزيلعى)

(١) يعنى ليس عقد زوج الأمة المشتراة للقبض .

(٢) قوله "ومن" أى إذا اشترى شخص عبداً فغاب المشتري قبل القبض، وأقام البائع البينة أن هذا العبد كان له، وباعه من فلان وغاب قبل أن ينقد الثمن، وطلب من القاضى أن يبيعه بدينه، فإن غاب المشتري غيبة معروفة، لم يبعه القاضى بدينه؛ لأنه يتوصل إلى حقه بدون بيعه بالذهب إليه، فلا حاجة إلى بيعه؛ لأن فيه إبطال حق المشتري فى العين، وإن لم يدر أين هو، أجابه القاضى فى المنقول إن أقام بينة؛ لأن البينة هنا ليست للقضاء على غائب، وإنما هى لنفى التهمة، وانكشف الحال؛ لأن القاضى نصب ناظراً لكل من عجز عن النظر، ونظرهما فى بيعه؛ لأن البائع يصل به إلى حقه، ويبرأ من ضمانه، والمشتري أيضاً يبرأ ذمته من دينه، ومن تراكم نفقته، فإذا انكشف الحال عمل القاضى بموجب إقراره، فلا يحتاج فيه إلى خصم حاضر، وإنما يحتاج إليه إذا كانت البينة للقضاء، وهذا لأن العبد فى يده، وقد أقر به للغائب على وجه يكون مشغولاً بحقه، فيظهر الملك للغائب على الوجه الذى أقر به، ولا يقدر البائع أن يصل إلى حقه، فيبيعه القاضى إحياءً لحقه، كالراهن إذا مات، والمشتري إذا مات مفلساً قبل القبض، بخلاف ما إذا غاب المشتري بعد القبض حيث لا يحبس الحاكم؛ لأن حقه غير متعلق به .

ولا يقال : هذا بيع قبل القبض وهو غير جائز، فكيف يباع؟ لأننا نقول : من قال : إن القاضى يוכל من يقبضه ثم يبيعه، وفيه نظر لما فيه من إبطال بد البائع قبل إيفاء الثمن، والأوجه أن يقال : أن البيع هنا ليس بمقصود، وإنما المقصود إحياء حقه، وفى ضمنه يصح بيعه؛ لأن الشيء قد يصح ضمناً، وإن لم يصح قصداً، ثم إذا باع وأوفى ثمنه فإن فضل شيء من دينه يمسه للمشتري الغائب؛ لأنه بدل ملكه، وإن لم يف بالدين، وبقي شيء منه تبعه البائع إذا ظفر به . (الزيلعى)

(٣) أى المشتري قبل القبض ونقد الثمن .

(٤) أى على أنه باع هذا العبد من فلان، وأنه غاب قبل أن ينقد الثمن .

(٥) أى واعلم من غيبة معروفة بأن لم يدر أين هو؟

(٦) أى وإن لم تكن غيبة معروفة بأن لم يدر أين هو .

(٧) قوله "ولو غاب" يعنى إذا اشترى رجلان شيئاً فغاب أحدهما قبل القبض يكون للحاضر دفع كل الثمن، وقبضه كله، ثم إذا حضر شريكه، فله أن يجب عنه حتى ينقده، وهذا قول أبى حنيفة

أى قبض المبيع كله (س) س أى يؤدى الثمن
وقبضه وحبسه^(١) حتى ينقد شريكه، ومن باع أمة بألف مثقال

وهو ما يرد بيت المال
ذهب وفضة فهما نصفان^(٢)، وإن^(٣) قضى زيفاً عن جيد^(٤)

إن هلك أو انقطعه، ثم علم العيب. س أخرج فرخه من بيضته في أرض رجل أخرج بيضه في أرض رجل
وهو لا يعلم وتلف فهو قضاء، وإن أفرخ طير أو باض،

أو تنكس^(٥) ظبى^{مبتدأ} في أرض رجل، فهو^(٦) لمن أخذه ما يبطل^(٧)

ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف: إذا نقد الحاضر الثمن لا يأخذ إلا نصيبه إلا بطريق المهايأة،
وكان متبرعاً قيماً أدى عن صاحبه.

والخلاف فى مواضع: أحدها: فى قبض جميع المبيع على تقدير إيفاء الثمن كله، والثانى: فى حبس نصيب الغائب عنه إذا حضر، والثالث: فى الرجوع عليه بما أدى، والرابع: فى إجبار البائع على قبول ما أداه الحاضر من نصيب الغائب عندهما يجبر، وعنده لا، والخامس: فى إجبار البائع على تسليم نصيب الغائب من المبيع إلى الحاضر عند إيفاء الثمن كله، فعندهما يجبر، وعنده لا؛ لأبى يوسف أن الحاضر قضى ديناً على الغائب بغير أمره، فكان متبرعاً فيه، ولا جبر على المتبرع، ولا رجوع فى التبرعات، وهو أجنبى عن نصيبه، فلا يقبضه، ولهذا لو كان حاضراً يكون متبرعاً بالإجماع، ولهما أن الحاضر مضطر إلى أداء كل الثمن؛ لأن للبائع حق حبس كالمبيع إلى أن يستوفى كل الثمن، فلا يكون متبرعاً مع الاضطرار - فافهم - . (الزيلعى والعينى)

(١) أى وله أيضاً حبس المبيع عن شريكه إذا حضر.

(٢) فمن كل منهما خمسمائة مثقال؛ لإضافة المثقال إليهما.

(٣) قوله: "وإن" يعنى إذا كان له على آخر دراهم جيد، فقضاه زيوفاً، وهو لا يعلم، فهلك أو أنفقها ثم علم بالعيب، فهو قضاء فلا يكون له غير ذلك، وقال أبو يوسف: يرد مثل زيوفه، ويرجع بدراهم، ولهما أن الاستيفاء قد حصل، والمقبوض من جنس حقه، ولذا لو تجوز به فى الصرف والسلم جاز، فلم يبق إلا الجودة ولا قيمة لها. (الكشف والزيلعى)

(٤) بأن كان له دراهم جيد على أجل، فقضاه زيوف وهو لا يدري ولم يعين.

(٥) استتر، معناه فى الأصل دخل فى الكنائس وهو موضع الظبى.

(٦) قوله: "فهو [أى أن مذكور من الفرخ والبيض والظبى]" لأنه مباح سبقت يده إليه، فكان أولى به لقوله عليه الصلاة والسلام: الصيد لمن أخذه، والبيض صيد، ولهذا يجب المحرم الجزاء بكسره. (البحر)

(٧) قوله: "ما يبطل" ههنا أصلان: أحدهما: أن كل ما كان مبادلة مال بمال يفسد بشرط الفاسد، كالبيع، وما لا فلا، كالقرض، ثانيهما: أن كل ما كان من التملكيات أو التقييدات كرحمة

بالشرط الفاسد، ولا يصح تعليقه بالشرط الفاسد^(١) ^ف
والقسمة^(٢) والإجارة^(٣) ^{بالراء المهملة} والإجازة^(٤) ^{بالراء المعجمة} والرجعة^(٥) والصلح^(٦) عن
مال والإبراء^(٧) عن الدين وعزل^(٨) الوكيل^(٩) والاعتكاف^(١٠)

يبطل تعليقه بالشرط، والأصح لكن في إسقاطات والتزامات يحلف بهما كحج وطلاق يصح مطلقاً -
أى يصح تعليقه بالشرط سواء كان ملائماً أم لا- وفي إطلاقات كالإذن في التجارة، ولايات كالقضاء
والإمارة، وتحريضات نحو من قتل قتيلاً فله سلبه. (الدر والطحاوى)

(١) قوله: "البيع" فإذا باع عبد أو شرط استخدامه شهراً أو داراً على أن يسكنها البائع شهراً،
فالبيع باطل، أى فاسد، كما تقدم في بابه. (البحر)

(٢) قوله: "والقسمة" صورة الفساد بذكر الشرط الفاسد أن يقتسموا التركة على أن الدين
لأحدهم، والعين للآخر، واقتسما داراً على أن يشتري أحدهما من الآخر داراً، وصورة تعليقه
بالشرط أن يقتسموا الدار إن رضى فلان. (الطحاوى)

(٣) قوله: "والإجارة" ومن صورها استأجر حانوتاً احترق كل شهر بكذا على أن يعمره،
ويحتسب ما أنفق من الأجرة، لأن شرط العمارة على المستأجر يفسد العقد، فعليه أجر المثل، وله ما
أنفق وأجر مثل قيامه عليه. (البحر)

(٤) قوله: "والإجازة" فقول البكر: أجزت النكاح إن رضيت أمى مبطل للإجازة، وكذا كل ما
لا يصح تعليقه بالشرط إذا انعقد موقوفاً لا يصح تعليق إجازة بالشرط. (الدر)

(٥) قوله: "والرجعة [بأن قال: راجعتك على أن تقرضنى كذا، أو إن قدم زيد]" قال المصنف:
إنما ذكرتها تبعاً لـ "كنز" وغيره، قال شيخنا فى "بحر": وهو خطأ، والصواب أنها لا تبطل بالشرط
اعتباراً لها بأصلها، وهو النكاح، وأطال الكلام لكن تعقبه فى "النهر"، وفرق بأنها لا تفتقر لشهود
ومهر، وله رجعة أمة على حرة نكحها بعد طلاقها وتبطل بالشرط بخلاف النكاح. (الدر)

(٦) قوله: "والصلح" أى الصلح عن مال بمال، بأن قال: صالحتك على أن تسكنى فى الدار مثلاً
سنة، أو إن قدم زيد؛ لأنه معاوضة مال بمال، فيكون بيعاً، كذا ذكره العيني.
واعلم أنه إنما يكون بيعاً إذا كان البذل خلاف جنس المدعى به، أما إذا كان على جنسه، فإن كان
بأقل من المدعى، فهو حط، وإبراء، وإن كان بمثله فهو قبض واستيفاء وإن كان بأكثر منه، فهو فضل
وربا، كذا ذكره الشارح، فينبغى أن يخصص هنا. (البحر بحذف)

(٧) قوله: "إبراء" بأن قال: أبرأتك عن دين على أن تخدمنى شهراً، وإن قدم فلان لأنه تمليك
من وجه حتى يرتد بالرد، وإن كان فيه معنى الإسقاط، فيكون معتبراً بالتمليكات فلا يجوز تعليقه
بالشرط، قيد بالدين؛ لأن الإبراء عن الكفالة يصح تعليقه بشرط ملائم كقوله: إن وافيت به غداً فأنت

بأن قال: زارعتك أرضي على أن تقرضني كذا، أو إن قدم فلان^(١) والمزارعة^(٢) والمعاملة^(٣) والإقرار^(٤) والوقف^(٥) والتحكيم^(٥)

ومالاً^(٦) يبطل بالشرط الفاسد القرض^(٧) والهبة^(٨) والصدقة^(٩)

برىء، فوفاه به برىء من المال. (البحر بحذف)

(٨) قوله: "وعزل" بأن قال لو كي له: عزلتك على أن تهدى إلى شيئاً، أو إن قدم فلان، وعندى أن هذا خطأ أيضاً، وإن عزل الوكيل ليس من هذا القبيل، وهو ما يبطل بالشرط الفاسد، وإنما هو من قبيل القسم الثاني، وهو ما لا يصلح تعليقه بالشرط، ويدل عليه أنهم قالوا: أن الذي يبطل بالشرط الفاسد ما كان من باب التملك والعزل ليس منه، هذا هو الحق. (البحر ملخصاً)

(٩) قيد بالوكيل؛ لأن تعليق عزل القاضى صحيح، فلو قال الأمير: إذا أتاك كتابي فأنت معزول، ينعزل بوصوله.

(١٠) قوله: "والاعتكاف" بأن قال: لله على أن أعتكف شهراً إن شفى الله مرضي في "البحر": أن ذكره هنا خطأ لما في الفتنة، قال: لله تعالى على اعتكاف شهر إن دخلت الدار، ثم دخل لزمه عند علماءنا، فإذا جاز تعليقه بالشرط لم يبطل بالشرط الفاسد... اهـ.

والجواب أن المراد تعليقه بشرط فاسد كما مثله في العزيمة بأن قال: من عليه اعتكاف أيام نويت أن أعتكف عما على بشرط أن لا أصوم، أو أبأشر امرأتي، أو إن شاء الله... اهـ ملخصاً.

لكن هذا تصوير لنفس الاعتكاف لا لإيجابه، فتصوير إيجابه كقوله: لله عليه اعتكاف شهر بشرط أن لا أصوم، وإن رضى زيد، وقد يقال: إن الشروع فيه موجب أيضاً، فإذا شرع فيه بالنية على هذا الشرط لم يصح إيجابه، فصح التمثيل بقوله: نويت الاعتكاف بشرط أن لا أصوم، أو إن رضى زيد، فشرع فيه، فإن الشروع موجب لكن بهذا الشرط خرج عن كونه موجباً. (الكشف مع تغير)

(١) قوله: "والمزارعة" لأنها إجارة، فلا يصح تعليقها بالشرط كالإجارة، هذا إذا كان الشرط نافعاً لأحدهما، وإن شرطاً ما لا ينقطع كما لو شرط أن لا يسقى أحدهما حصته لا تفسد وإن أبطلا الشرط المفسد، وكان في صلب العقد لا ينقلب جائزاً، وإلا عاد إلى الجواز. (البحر والطحاوى)

(٢) وهى المساقاة بأن قال: ساقيتك شجرى أو كرى عى أن تقرضني كذا؛ لأنها إجارة أيضاً.

(٣) قوله: "والإقرار" كقوله لفلان على ألف إن أقرضني كذا، أو إن قدم فلان، وفى "المبسوط": لفلان على ألف إن حلف، أو على أن يحلف فحلف فلان، وجحد المقر لم يؤخذ به. (الكشف)

(٤) إن قدم ولدى فدارى صدقة وموقوفة على المساكين، فجاء ولده، لا تصير وقفاً.

(٥) كقول المحكمين: إذا أهل الشهر فاحكم بيننا.

(٦) قوله: "ومالاً" أى المسائل التى لا تفسدها الشروط الفاسدة، بل تكون صحيحة لعدم المعاوضة المالية سبعة وعشرون على ما فصله الشيخ رحمه الله. (محمد إعزاز رحمه الله)

كل عتقك على أن يكون لى الخيار ثلاثة أيام.
 والنكاح^(١) والطلاق والخلع^(٢) والعتق والرهن^(٣) والإيصاء^(٤)
 وأن قال: شاركتك على أن تهدبنى كذا.
 والوصية^(٥) والشركة والمضاربة^(٦) والقضاء^(٧) والإمارة^(٨)
 والكفالة^(٩) والحوالة^(١٠) والوكالة^(١١) والإقالة^(١٢) والكتابة^(١٣)

(٧) كأقرضتُك كذا على أن تخدمنى شهراً، ولا يبطل بهذا الشرط .

(٨) كوهبتُك هذه الجارية بشرط أن يكون حملها إلى .

(٩) كتصدقتُ عليك بهذه المائة على أن تخدمنى جمعة، فإن الصدقة جائزة، والشرط باطل .

(١٠) قوله: "والنكاح" بأن قال: تزوجتك على أن لا يكون لك مهر، يصح النكاح، ويفسد الشرط، ويجب مهر المثل، ولا يصح تعليقه بالشرط حتى لو قال: تزوجتك إن رضى أبى، فقبلت لا يصح إلا أن يكون الأب حاضراً فى المجلس، وقيل: ومن الشروط الفاسدة لو تزوجته على أنه مدنى، فإذا هو قروى، يجوز النكاح إن كان كُفُؤاً، ولا خيار بها. (الطحطاوى)

(٢) بأن قال: خالعتك على أن يكون الخيار مدة سماها، بطل الشرط، ووقع الطلاق، ووجب المال .

(٣) بأن قال: رهنك عبدى بشرط أن أستخذه، أو على أن الرهن إن أضاع، ضاع بغير شيء، أو إن لم أوف متاعك لك إلى كذا، فالرهن لك بمالك، بطل الشرط، وصح الرهن .

(٤) كجعلتك وصياً على أن تزوج بنتى .

(٥) قوله: "والوصية" هى كالإيصاء حتى لو قال: أوصيت بثلث مالى لأم ولدى بشرط أن لا تتزوج، فقبلت ذلك، ثم تزوجت بعد انقضاء عدتها بزمان، فإنها تستحق الثلث بحكم الوصية، وأما تعليقها بالشرط فإنه جائز؛ لأنها فى الحقيقة إثبات الخلافة عند الموت، ومعنى صحة التعليق أن الشرط إن وجد كان للموصى له المال، وإلا فلا شيء له. (الطحطاوى)

(٦) قوله: "والمضاربة" بأن دفع إليه ألفاً على أن يدفع رب المال إلى المضارب أرضاً يزرعها سنة أو داراً للسكنى، بطل الشرط، وجازت المضاربة. (الطحطاوى)

(٧) كوليْتُك قضاء كمة على أن لا تعزل أبداً .

(٨) قوله: "والإمارة" بأن قال الخليفة: وليتُك إمارة الشام مثلاً على أن لا تركب، فهذا الشرط فاسد، ولا تبطل أمرته بهذا .

(٩) بأن قال: كفلت غريمك على أن تقرضنى كذا .

(١٠) بأن قال: أحلتك على فلان بشرط أن لا يرجع علىّ عند القوى .

وإذن^(١) العبد في التجارة ودعوة^(٢) الولد والصلح^(٣) عن دم
العمد والجراحة وعقد^(٤) الذمة وتعليق^(٥) الرد بالعيب أو
بخيار^(٦) الشرط وعزل^(٧) القاضى.

(١١) كوكلتك على أن تبرئنى مما لك علىّ، وأما تعليقها بالشرط فجائز .

(١٢) كما لو تقايل على أن يكون الثمن أكثر من الأول وأقل، صحّت ولغا الشرط .

(١٣) بأن قال المولى لعبده : كاتبتك على ألف بشرط أن لا تخرج من البلد، أو على أن تعامل
فلاناً، أو على أن تعمل فى نوع من التجارة، فإن الكتابة تصح ويبطل الشرط .

(١) كأذنت لك فى التجارة على أن تتجر إلى شهر فى كذا، فإن أذنه يكون عام فى التجارة
والأوقات، ويبطل الشرط .

(٢) بأن ادعى نسب أحد التوأمين بشرط أن لا يكون نسب الآخر منه، أو ادعى نسب ولد بشرط
أن لا يرث منه، فإنه يثبت النسب ويبطل الشرط .

(٣) قوله : " والصلح " بأن صالح ولى المقتول عمداً القاتل على شىء بشرط أن يقرضه، أو يهدى
إليه شيئاً، فإن الصلح صحيح، والشرط فاسد، ويسقط الدم؛ لأنه من الإسقاطات، ولا يحتمل
الشرط . (الطحطاوى)

(٤) بأن قال الإمام لحربى يريد الإقامة بدارنا : ضربت عليك الجزية على أن تهدى إليه هدية .

(٥) بأن قال : إن وجدت بالمبيع عيباً أردته عليك بشرط أن أبرئك من بعض الثمن .

(٦) بأن قال : إن لم أمض البيع فى ثلاثة أيام رددته عليك بشرط أن تهدينى كذا، أو أهدي لك .

(٧) بأن طلب القاضى من الإمام أن يعفيه من القضاء، فقال له : عزلتك عنه فى هذه البلدة على
أن أوليك قضاء بلدة كذا، فيصح العزل ويبطل الشرط .

تقدم وجه تأخير

كتاب الصرف^(١)

هو^(٢) بيع بعض الأثمان^(٣) ببعض فلو^(٤) تجانسا شرط
 التساوى قبل الافتراق وصلية أى المتجانسان من حيث الجودة من حيث الصياغة
 التماثل والتقابض^(٥)، وإن اختلفا جودة وصياغة وإلا^(٦) شرط
 فقط
 التقابض، فلو باع الذهب بالفضة مجازفة صح^(٧) إن تقابضا^(٨)

(١) قوله: "الصرف" هو لغة النقل والرد، قال الله تعالى: ﴿ثُمَّ انصَرَفُوا صَرَفَ اللَّهِ قُلُوبَهُمْ﴾،
 وسمى به لأنه يحتاج فيه إلى نقل بدليه من يد إلى يد، وشرعا هو بيع... إلخ. (شرح النقاية مع
 تصرف)

(٢) قوله: "هو" أى بيع ما من جنس الأثمان بعضها ببعض، وإنما فسرناه به، ولم نبقه على
 ظاهره ليدخل فيه المصوغ بالمصوغ، أو بالنقد، فإن المصوغ بسبب ما اتصل به من الصنعة لم يبق ثمنا
 صريحا، ولهذا يتعين فى العقد، ومع ذلك يبيعه صرف. (البحر)

(٣) كالذهب والفضة إذا بيع أحدهما بالآخر.

(٤) قوله: "فلو" يعنى بيع جنس الأثمان بجنسه، كالذهب بالذهب أو الفضة، يشترط فيه
 التساوى والتقابض قبل الافتراق، ولا يجوز التفاضل فيه، لقوله عليه الصلاة والسلام: «الذهب
 بالذهب مثلا بمثل وزنا بوزن يدأ بيد»، أخرجه الستة إلا البخارى، وإن اختلفا فى الجودة والصياغة، قال
 عليه الصلاة والسلام: «جيدها وردئها سواء وإن لم يكونا من جنس واحد»، بأن باع الذهب بالفضة
 يتشترط التقابض فيه، ولا يشترط التساوى، لقوله عليه الصلاة والسلام: فإذا اختلفت هذه الأصناف
 فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد، رواه مسلم وأحمد وغيرهما. (الزيلعى والكشف بتصرف)

(٥) أى مجلس العقد بالأيدى لا بالتخلىة.

(٦) أى وإن لم يكونا من جنس واحد.

(٧) قوله: "صح" لأن المستحق هو القبض قبل الافتراق دون التسوية لما روينا، فلا يضره
 الجزاف، ولو افترقا قبل قبضهما، أو قبض أحدهما، بطل لفوات الشرط، قيد ببيع الجنس، بخلاف
 الجنس؛ لأنه لو باع الجنس بالجنس مجازفة، فإن علما تسويهما قبل الافتراق صح، وبعده لا. (البحر)

(٨) أى قبل أن يفترقا بالأبدان ولو قاما ومشيا.

في المجلس، ولا يصح^(١) التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه،

توضيح لما قبله ولم يقبضها فقط

فلو باع ديناراً بدرهم، واشترى بها ثوباً، ففسد بيع الثوب،

أي يألئى مثقال المشتري

ولو باع^(٢) أمةً مع طوقٍ قيمة كل^(٣) ألف بالفين، ونقد من

أي أنه اشتراها بألف حالة وألف مؤ

أي الألف المنقود

الثلث ألفاً، فهو ثمن الطوق، وإن اشتراها بألفين ألف^(٤) نقد

محلي أي تساوي خمسين درهماً

وهو الألف الحالة

وألف نسيئة، فالنقد ثمن الطوق، وإن باع سيفاً حليته

(١) لأنه مفوت للقبض الثابت بالعقد حقاً لله تعالى .

(٢) قوله "ولو باع" يعني لو باع أمة في عنقها طوق فضة وزنه ألف مثقال مع الطوق، وقيمتها ألف بألفي مثقال، ونقد منه ألفاً، كان المنقود ثمن الطوق، وإن اشتراها بألف نسيئة، وبألف حالة، كان الحال ثمن الطوق، وفي عبارة الشيخ تسامح، فإنه قال: قيمته كل ألف، أي قيمته كل واحد من الجارية والطوق ألف درهم، ولا يعتبر في الطوق القيمة، وإنما يعتبر القدر عند المقابلة بنسه، وكذا لا يحتاج فيه إلى بيان قيمة الجارية؛ لأن قدر الطوق صار مقابلاً، والطوق والباقي بالجارية قل قيمتها أو كثرت تحرياً للجواز، فلا فائدة في بيان قيمتها، ولا في بيان قيمة الطوق إلا إذا قدر أن الثمن خلاف جنس الطوق، بأن كان فضة والثلث ذهب، أو بالعكس، فحينئذ يفيد بيان قيمتها؛ لأن الثمن ينقسم عليها على قدر قيمتهما.

وكذا المراد في قوله: فالألف ثمن الطوق، أي الألف الحال ثمن الطوق، وإنما كان كذلك لأن حصة الطوق يجب قبضه في المجلس لكونه بدل الصرف، والظاهر منهما الإتيان بالواجب؛ لأن دينهما وعقلهما يمنعهما من مباشرة ما لا يجوز شرعاً، فيصرف المتأخر إلى الجارية والمقبوض، والحال إلى الطوق لإحسان الظن بالمسلم، ولو كان كل الثمن مؤجلاً ففسد البيع في الجميع عند أبي حنيفة، وقالوا: يفسد في الطوق دون الجارية؛ لأن القبض ليس بشرط في حصتها، فيتقدر الفساد بقدر الفساد ما بينا. ولأبي حنيفة رحمه الله أن الفساد مقارن، فيتعدى إلى الجميع، كما لو جمع بين حر وعبد في البيع، بخلاف الفساد في المسألة الأولى، فإنه طارئ، فلا يتعدى إلى غيره، كما إذا اشترى عبيدين، فهلك أحدهما قبل القبض أو استحق بعده. (الزيلعي)

(٣) أي قيمة كل واحد من الأمة والطوق.

(٤) بالجر فيهما على أنه بدل من ألفين، ويجوز الرفع فيهما على أنه خبر مبتدأ محذوف، أي هما ألف نقد وألف نسيئة.

أى تساوى خمسين درهماً المشتري من الثمن. ^{درهماً} وصلىة المشتري إنه حصتها ^{وصلىة المشتري إنه حصتها}
 خمسون بمائة ونقد خمسين فهو ^(١) حصتها، وإن لم يبين، أو
 قال ^(٢) من ثمنهما، ولو افترقا بلا قبض صح في السيف دونها ^{أى من ثمن السيف والحلية أى المتعاقدان فى السيف البيع}
 أن تخلص بلا ضرر، وإلا ^(٣) بطلاً ^(٤)، ولو باع إناء فضة، ^{أى وإن لم يتخلص السيف إلا بضرر. بفضة أو ذهب}
 وقبض بعض ثمنه، واقترقا صح ^(٥) فيما قبض، والإناء ^{أى المتعاقدان بالأبدان. البيع}
 مشترك بينهما، وإن استحق بعض الإناء أخذ ^(٦) المشتري ^{أى بين المتعاقدين}
 ما بقى بقسطه أو رده، ولو باع قطعة نقرة فاستحق ^{بعد حصة المستحق أى بحسابه البيع} ^{هى القطعة المذابة من الذهب أو الفضة}

(١) قوله: "فهو" أما إذا لم يبين فلما ذكرنا أن أمرهما يحمل على الصلاح، وأما إذا قال: خذ هذا من ثمنهما، فلأن التثنية قد يراد بها الواحد منهما، قال الله تعالى: ﴿فَنَسِيًا حُوتَهُمَا﴾، والناسي أحدهما، فيحمل عليه بظاهر حالهما بالإسلام، ونظيره فى الفقه إذا حضتـها حيضة أو ولدتهما ولداً علق بأحدهما للاستحالة، بخلاف ما إذا لم يذكر المفعول به إلا مكان. (البحر)

(٢) المشتري خذ الخمسين من . . . إلخ.

(٣) أى البيان بيع الحلية وبيع السيف.

(٤) قوله: "بطلاً" أى بطل العقد فيهما؛ لأن حصة الصرف يجب قبضها قبل الافتراق، فإذا لم يقبضها حتى افترقا بطل فيه لفقد شرطه، وكذا فى السيف إن كان يتخلص إلا بضرر لتعذر تسليمه بدون الضرر، كبيع جذع من سقف، وإن كان يتخلص بدونه جاز للقدرة على التسليم، فصار كالجارية مع الطوق. (البحر)

(٥) قوله: "صح" لأنه صرف وهو يبطل بالافتراق قبل القبض، فيتقدر الفساد بقدر ما لم يقبض، ولا يشيع؛ لأنه طارئ، ولا يكون هذا تفريق الصفقة أيضاً؛ لأن التفريق من جهة الشرع باسـترات القبض لا من جهة العاقد، ولا يثبت للمشتري خيار العيب أيضاً بالشركة؛ لأن الشركة حصلت من جهته، وهو عدم النقد قبل الافتراق، بخلاف ما إذا هلك أحد العبدین قبل القبض حيث يثبت له الخيار فى أخذ الباقي؛ لأنه لم يوجد منه الصنع، وبخلاف ما إذا استحق بعض الإناء على ما يجرى. (الزيلعى)

(٦) قوله: "أخذ" لأن الشركة فى الإناء عيب؛ لأن التشقيص يضره، وهذا العيب كان موجوداً عند البيع مقارناً له، بخلاف المسألة الأولى، وهى ما إذا اشترى إناء فضة وافترقا، وقد بقى عليه بعض الثمن، حيث لا يرد؛ لأن التفريط من جهة المشتري على ما بينا. (الزيلعى)

المشترى بعد حصة المستحق ز ف

بعضها أخذ ما بقي بقسطه بلا خيار^(١)، وصح^(٢) بيع درهمين
 أى وصح أيضاً بيع كروبي أى بأن يبيعها بكرى بر وكري شعير
 ودينار بدرهم^(٣) ودينارين، وكر بر وشعير بضعفهما^(٤)،
 أى وصح أيضاً بيع أحد عشر فيجعل العشرة بمثلها والذنايف بدرهم. أى وصح أيضاً بيع درهم
 وأحد عشر^(٥) درهما بعشرة دراهم ودينار ودرهم^(٦)
 ز ف
 صحيح ودرهمين غلّتين بدرهمين صحيحين، ودرهم غلّة،

(١) قوله: "بلا خيار" لأن الشركة فيهما ليست بعيب، إذ التشقيص فيها لا يضرها، بخلاف الإناء، أطلقه وهو محمول على ما إذا كان بعد قبضها، أما إذا استحق بعض النقرة قبل قبضها، فإن له الخيار لتفريق الصفقة عليه قبل التمام، بخلاف ما بعد القبض لتمامها. (البحر)

(٢) قوله: "وصح" وإنما جاز لأنه يجعل كل جنس مقابلاً، بخلاف جنسه تصحيحاً للعقد، ولو صرف إلى جنسه فسد؛ لأن العقد يقتضى مطلق المقابلة من غير تعرض لقيد لا مقابلة الكل بالكل شائعاً، ولا فرداً معيناً، فصار كما لو باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره فإنه ينصرف إلى نصيبه تصحيحاً للعقد، كأنصراف النقد إلى المتعارف.

ولا يرد علينا ما لو اشترى قلباً بعشرة وثوباً بعشرة، ثم باعهما مرايحة بخمسة وعشرين، فإنه لا يصح، وإن أمكن صرف الربح إلى الثوب؛ لأننا لو صرفناه لصار تولية في القلب، وهو خلاف المرايحة، فكان إبطالاً له.

وكذا لا يرد لو اشترى عبداً بألف، ثم باعه قبل النقد مع آخر من البائع بألف وخمسمائة، فإنه لا يصح في المشتري بألف؛ لأن طريق التصحيح غير متعين لإمكان صرف الألف ومائة إليه، أو مائتين إلى غير ذلك من الصور. (البحر)

(٣) فيقابل الدرهمان بالدينارين والدينار بالدرهم.

(٤) وجهة الصحة أن يجعل كراً بر بكر شعير وكراً شعير بكر بر.

(٥) قوله: "وأحد عشر" أى صح بيع، فتكون العشرة بمثلها، والدينار تصحيحاً للعقد على ما بينا، وإنما ذكر هذه بعد التي قبلها وإن كانت قد علمت ما قبلها لبيان أن الصرف إلى خلاف الجنس لا يتفاوت في الجميع، أو جزء واحد. (البحر)

(٦) قوله: "درهم" يعنى يجوز بيعهما لأنهما جنس واحد، فيعتبر التساوى في القدر دون الوصف، والغلّة هي الدراهم المقطعة، وقيل هو ما يرد به بيت المال وتأخذه التجار لاحتمال أن تكون هي المقطعة. (الزيلعي)

أى وصح أيضاً بيع دينار. أى أو باعه بعشرة... إلخ. البائع إلى المشتري
 ودينار^(١) بعشر عليه^(٢)، أو بعشرة مطلقة^(٣)، ودفع الدينار
 وتقاصاً^(٤) العشرة بالعشرة، وغالب^(٥) الفضة والذهب فضة
 حكماً تفريع على ما قبله أى الفضة الخالصة والدنانير الخالصة
 وذهب حتى لا يصح بيع الخالصة بهما، ولا بيع بعضها ببعض
 إلا متساويا وزناً، ولا يصح الاستقراض^(٦) بهما إلا وزناً،
 من الذهب والفضة لأن العبرة للغالب فى الشرع. تفريع على ما قبله
 وغالب الغش ليس فى حكم الدراهم والدنانير، فصح^(٧)

(١) قوله: "ودينار" معناه أن يكون لرجل على آخر عشرة دراهم دين، فباعه الذى عليه العشرة ديناراً بالعشرة التى عليه، أو بعشرة مطلقة، ودفع الدينار إليه، ثم تقاصا العشرة بالعشرة، فكلاهما جائز، أما إذا قابل الدينار بالعشر التى عليه ابتداء، فلأنه جعل ثمنه دراهم لا يجب قبضها ولا تعيينها بالقبض، وهو جائز إجماعاً؛ لأن التعيين للاحتراز عن الربا، ولا ربا فى دين سقط، وإنما الربا فى دين يقع الخطر فى عاقبته، ولذا لو تصارفا دراهم ديناً بدنانير صح لفوات الخطر.

وأما الثانية: وهى ما إذا باعه بعشرة مطلقة، ثم تقاصاً، فالمذكور هنا استحسان، والقياس عدم الجواز، وهو قول زفر لكونه استبدالاً ببديل الصرف، وجه الاستحسان: أنهما لما تقاصا انفسخ الأول، وانعقد صرف آخر مضافاً إلى الدين، فتثبت الإضافة اقتضاءً، كما لو جدد البيع بأكثر من الثمن الأول. (الزيلعى والبحر)

(٢) أى هى دين على البائع، تقع المقاصة بنفس العقد لإضافة إلى الدين.

(٣) يعنى لم يقل: بالعشرة التى عليه.

(٤) قوله: "وتقاصاً" إنما شرط المقاصة لأن الواجب بهذا العقد ثمن يجب تعيينه بالقبض، والدين ليس بهذه الصفة، فلا يقع المقاصة بنفس البيع لعدم المجانسة، فإذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الأول، والإضافة إلى الدين، إذ لو لا ذلك يكون استبدالاً ببديل الصرف. (الكشف)

(٥) قوله: "وغالب" أى ما غلب على الفضة فضة حكماً، وما غلب عليه الذهب ذهب حكماً، إذ الحكم فى الشرع للغالب؛ لأن الغش القليل لا يخرج الدرهم عن الدرهمية، والدينار عن الدينارية؛ لأن النقود المستعملة بين الناس لا يخلو منه. (المجمع مع تصرف)

(٦) أى بالدراهم والدنانير التى غلب عليها الفضة والذهب.

(٧) قوله: "فصح" لأن الغش من كل واحد منهما مقابل بالفضة، أو الذهب الذى فى الآخر، فلا يضر التفاضل فيها لاختلاف الجنس، ويشترط التقابض قبل الافتراق؛ لأنه صرف فى البعض لوجود الفضة، أو الذهب من الجانبين، ويشترط فى الغش أيضاً؛ لأنه لا يتميز إلا بضرر. (الزيلعى)

أى بالغشوش مثلها. سواء كان عدداً أو وزناً. عطف على قوله: بيعها أى بالذمير (٣) بيعها^(١) بجنسها متفاضلاً والتبايع^(٢) والاستقراض بما يروج^(٣) من حيث العدد أى لكون الذهب والفضة^(٤) ولا تتعين^(٤) بالتعيين لكونهما أثماً، وتتعين^(٥) بالتعيين إن كانت لا تروج، والمتساوى^(٦) والذهب كغالب الفضة فى التبايع والاستقراض، وفى الصرف

(١) أنت الضمير باعتبار الفضة.

(٢) قوله: "والتبايع [أى البيع والشراء]" أى وصح التبايع والاستقراض بما يروج من غالب الغش من الذهب والفضة وزناً أو عدداً أو بهما؛ لأن المعتبر فيما لا نص فيه العادة؛ لأنها صارت بغلبة الغش كالفلوس، فيعتبر فيها العادة كالفلوس، فإن كانت تروج بالوزن فيه وبالعده فيه وبهما، فبكل منهما. (البحر مع زيادة)

(٣) من غالب الغش من الذهب والفضة.

(٤) قوله: "ولا يتعين" لأنها بالاصطلاح صارت أثماً، فما دام ذلك الاصطلاح موجوداً لا تبطل الثمنية لقيام المقتضى. (البحر)

(٥) قوله: "وتتعين" لزوال المقتضى للثمنية، وهو الاصطلاح، وهذا لأنها فى الأصل سلعة، وإنما صارت أثماً بالاصطلاح، فإذا تركوا المعاملة بها، رجعت إلى أصلها، وأشار بالتعيين عند عدم رواجها وبعدمه عند رواجها إلى أنها إذا هلك قبل القبض لا يبطل العقد إن كانت رائجة، ويبطل إن لم تكن. (البحر بحذف)

(٦) قوله: "والتساوى" يعنى الذى استوى غشه وفضته، أو غشه وذهبه، حكمه فى التتابع والاستقراض كحكم الدراهم التى غلب عليها الفضة، حتى لا يجوز البيع بها، ولا إقراضها إلا بالوزن بمنزلة الدراهم الرديئة؛ لأن الفضة موجودة فيها حقيقة، ولم تصر مغلوبة، فيجب اعتبارها بالوزن شرعاً، كالخطة فى سنبلها إلا أن يشير إليها فى المبايع، فيكون بياناً لقدرها ووصفها، كما لو أشار إلى الدراهم الجيدة، ولا ينتقض العقد بها كما قبل التسليم، ويعطيه مثلها؛ لأنها ثمن، فلم تتعين.

وفى الصرف حكمه كحكم فضة غلب عليها الغش حتى إذا باعها بجنسها جاز على وجه الاعتبار، ولو باعها بالفضة الخالصة لا يجوز حتى تكون الخالصة أكثر مما فيه من الفضة؛ لأنه لا غلبة لأحدهما على الآخر، فيجب اعتبارهما، فصار كما لو جمع بين فضة وقطعة نحاس، فباعهما بمثلهما أو بفضة فقط. (الزيلعى)

فيصح بيعها بجنسها متفاضلا بشرط التقابض
 كغالب الغش، ولو^(١) اشترى به أو بفلوس نافقة شيئاً،
 كل واحد من المذكورين قبل دفعها إلى البائع س م ك ف د
 أي الراتجة
 وكسد^(٢) قبل دفعه بطل البيع، وصح^(٣) البيع بالفلوس النافقة
 والعائد أي والبيع بالفلوس الكاسدة لا يصح حتى يعينها
 وإن لم يعين وبالكاسدة^(٤) لا حتى يعينها، ولو
 بأن استقرض فلوساً ثم كسدت عليه عند أبي حنيفة عدداً
 كسدت أفلس القرض يجب^(٥) رد مثلها، ولو اشترى
 مثلاً نعت لنصف شخص هو من يميز الجودة من الرداءة
 شيئاً بنصف درهم فلوس صح^(٦)، ولو أعطى صيرفياً

(١) قوله: "ولو" أي اشترى بالدرهم التي غلب، غلبها الغش والفلوس، وكان كل واحد منهما نافقاً حتى جاز البيع لقيام الاصطلاح على الثمنية، ولعدم الحاجة إلى الإشارة لالتحاقهما بالثمن، ثم كسدت، بطل البيع، فيجب رد المبيع إن كان قائماً، وإلا فقيمه، وقال أبو يوسف: عليه قيمة المغشوش يوم البيع، وقال محمد: قيمتها آخر ما تعامل الناس بها، وإنما بطل عنده لأن الثمن يهلك بالكساد؛ لأن الثمنية إنما كان بالاصطلاح، ولم يبق الاصطلاح، فبقى بيع بلا ثمن. (الزيلي والكشف)

(٢) في بلد العقد عندهما، وفي جميع البلدان عند محمد. (الكشف)

(٣) قوله: "وصح" لأنها أموال معلومة، وصارت أثماً بالاصطلاح، فجاز بها البيع، ووجبت في الذمة، كالقدين ولا تعين، وإن عيّنها كالتقيد إلا إذا قال: أردنا تعليق الحكم بعينها، فيحذف يتعلق العقد بعينها، بخلاف ما إذا باع فلساً أو بلفسين بأعيانها حيث يتعين من غير تصريح؛ لأنه لو لم يتعين لفسد البيع، وهذا على قولهما، وأما على قول محمد لا يتعين، وإن صرحا، وأصله أن اصطلاح العامة لا يبطل باصطلاحهما على خلافه عنده، وعندهما يبطل في حقهما. (البحر)

(٤) قوله: "وبالكاسدة" أي إذا باع بالفلوس الكاسدة لا يجوز البيع حتى يعينها؛ لأنها سلع، فلا بد من تعيينها. (الزيلي)

(٥) قوله: "يجب" وقالوا: عليه رد قيمتها لتعذر ردها كما قبضها؛ لأن المقبوض ثمن، والمردود لا، ففانت المائلة، فصار كما لو استقرض مثلياً فانقطع، لكن عند أبي يوسف عليه القيمة يوم القبض، وعند محمد يوم الكساد، ولأبي حنيفة أن القرض إعارة، وموجبها رد العين معنى، وذلك يتحقق برد مثليه، والثمنية زيادة فيه. (البحر بحذف)

(٦) قوله: "صح [الشراء وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس]" وقال زفر رحمه الله: لا يجوز؛ لأنه اشترى بالفلوس، وأنها تقدر بالعدد لا بنصف درهم من الفلوس معلوم عند الناس، والكلام فيه، فأغنى عن بيان العدد، واقتصر المصنف على ما دون الدرهم؛ لأنه لو اشترى بدرهم فلوس، أو بدرهمين فلوس، لا يجوز عند محمد لعدم العرف، وجوزه أبو يوسف للعرف، وهو

هو من يميز الجودة من الرداءة

أى وأعطى نصفاً يعنى من الفضة

درهماً، وقال: أعطني به نصف درهم فلوساً ونصفاً^(١) إلا

ناقصة من النصف هذا العقد

حبة^(٢) صح.

الأصح . (الكشف والمجمع)

(١) أى ما ضرب من الفضة ما يساوى وزن نصف درهم .

(٢) فيكون درهم إلا حبة بمثله ما وراءه بإزاء الفلوس .

كتاب^(١) الكفالة

الكفيل إلى ذمة الأصيل الذمة العهد والأمان والضمان والمضمون بها إحضار المكفول به
 هي^(٢) ضم ذمة^(٣) إلى ذمة في المطالبة، وتصح^(٤) بالنفس
 أى وتصح أيضاً بما... إلخ من أعضاء
 وإن تعددت بكفلت^(٥) بنفسه، وبما عبر به عن البدن،
 أى وتصح أيضاً بجزء
 وبجزء شائع، وبضمته^(٦) وبعلى وإلى، وأنا زعيم به، وقبيل^٧

(١) قوله: "كتاب" ذكرها عقب البيوع لأنها غالباً تكون بالثمن، أو بالمبيع، ومناسبتها للصرف لأنها تكون آخرًا عند الرجوع معاوضة عما يثبت في الذمة من الأثمان، وقدمه عليها لأنه من البيوع. (البحر)

(٢) قوله: "هي" الكفالة هي لغة مطلق الضم، قال الله تعالى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ أى ضمها إلى نفسه ليربها، وشرعاً ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المكفول في المطالبة، لا كما قال بعض المشايخ، وهو مذهب الشافعي أنها ضم ذمة إلى ذمة في الدين بأن يثبت الدين في ذمة الكفيل، ولا يسقط عن ذمة المكفول؛ لأن التزام المطالبة يبتنى على التزام أصل الدين، فتثبت الدين في ذمة الكفيل مع بقاءه في ذمة المكفول، ولا يستوفى إلا من أحدهما، كالغاصب وغاصب الغاصب، فإن كل واحد منهما ضامن للقيمة، وحق المالك في قيمة واحدة، واختياره تضمين أحدهما يوجب براءة الآخر، وقال مالك: الأصيل يبرأ عن الدين بالكفالة كما في الحوالة. (شرح النقاية)

(٣) في التحرير الذمة وصف شرعى به الأهلية بوجوب ماله وعليه، وفسرها فخر الإسلام بالنفس والرقبة التى لها عهد، فقولهم: فى ذمة أى فى نفسه باعتبار عهدها من ذكر الحال، وأراده المحل. (الكشف)

(٤) قوله: "وتصح" أى الكفالة بالنفس وإن تعددت الكفالة، بأن أخذ منه كفيلاً ثم كفيلاً، وكذا تجوز إذا تعددت النفوس المكفول بها أيضاً، كما تجوز بالديون الكثيرة. (الزيلي)

(٥) قوله: "بكفلت" أى تصح الكفالة بقوله: كفلت بنفس فلان، أو بما يعبر به من أعضاء عن جميع البدن كرأسه، ووجهه ورقبته وعنقه وجسده وبدنه، بأن قال: تكفلت برأسه، أو بوجهه... إلخ، أو تكفل بجزء شائع منه بأن قال: تكفلت بثلثه أو بربعه كل ذلك جائز؛ لأن هذه الأشياء يعبر بها جميع البدن عرفاً، وقد بيناه في الطلاق. (الزيلي)

(٦) قوله: "وبضمته" أى تصح الكفالة بقوله: ضمته لك؛ لأنه تصريح بمقتضى الكفالة؛ لأنه يصير ضامناً للتسليم، والعقد ينعقد بالتصريح بموجبه كعقد البيع ينعقد بلفظ التمليك، وتصح بقوله على؛ لأن كلمة على للوجوب، ويقول: إلى؛ لأنها بمعنى على هذا المقام، قال عليه الصلاة والسلام:

أى بفلان (أى لمعرفة فلان (س) الكفيل. أى تسليم المكفول عنه
 به، لا^(١) بأنا ضامن لمعرفته، فإن شرط تسليمه فى وقت بعينه
 المكفول له جزءه محذوف أى فيها أى وإن لم يحضره
 أحضره^(٢) فيه إن طلبه، فإن^(٣) أحضره، وإلا حبسه الحاكم،
 المكفول بنفسه الحاكم أى رجوعه الكفيل المكفول بنفسه
 فإن^(٤) غاب أمهله مدة ذهابه وإيابه، فإن مضت^(٥) ولم يحضره
 به الحاكم المكفول بنفسه عالية الكفيل إجماعاً للمكفول بنفسه.
 حبسه، وإن غاب^(٦) ولم يعلم مكانه لا يطالب به، فإن
 أى بمكان
 سلمه^(٧) بحيث يقدر المكفول له أن يخاصمه كمصر

«من ترك كلاً أو عيلاً فإلى»، ويقول: أنا زعيم به؛ لأن الكفيل يسمى زعيماً، قال الله تعالى حكاية عن صاحب يوسف: ﴿وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ أى كفيل، ويقول: أنا قبيل به؛ لأن القبيل هو الكفيل، ولهذا يسمى الصك قبالة؛ لأنه يحفظ الحق، فيكون وثيقة كالكفيل. (عز)

(١) قوله: "لا [أى لا يصير كفيلاً]" أى لا يصير كفيلاً بقوله: أنا ضامن لك بمعرفة فلان، وقال أبو يوسف: يصير ضامناً للعرف؛ لأنهم يريدون به الكفالة، وجه الأول أنه التزم معرفته دون المطالبة، فصار كالتزامه دلالة عليه، أو قال: أوقفك عليه. (الزيلعى)

(٢) قوله: "أحضره" أى إن شرط الكفيل تسليم المكفول عنه فى وقت معين لزم عليه إحضار المكفول عنه فى ذلك الوقت بشرط أن يطلب المكفول له إحضاره فى ذلك الوقت أو بعده؛ لأنه التزم بالشرط فى الكفالة، فيجب عليه الوفاء به أن طلبه فى ذلك الوقت أو بعده كالدين المؤجل إذا حل. (البحر مع زيادة)

(٣) قوله: "فإن" أى فإن أحضر الكفيل المكفول عنه فيها، وإن لم يحضره حبس الحاكم الكفيل؛ لامتناعه عما وجب عليه، لكن لا يحبس أول مرة، حتى يظهر مظهره لأنه جزء الظلم، ولا ظلم قبل المثل فلعله ما درى لما إذا يدعى. (الكشف وعز)

(٤) قوله: "فإن" أى إن غاب المكفول بنفسه يؤجل الكفيل مدة قطع المسافة، ولا يحبس؛ لأنه لم يظهر مظهره بعد، والحبس للمماطلة. (الزيلعى)

(٥) قوله: "فإن مضت" أى إذا مضت المدة، ولم يحضره حبسه؛ لأنه ظهر مظهره، والحبس جزءه. (الزيلعى)

(٦) قوله: "وإن غاب [المكفول بنفسه]" أى وإن غاب المكفول بنفسه ولا يدرى أين ذهب لا يطالب الكفيل بالمكفول بنفسه بالإجماع؛ لأنه عاجز، ولا بد من ثبوت أنه غائب لم يعلم مكانه إما بتصديق الطالب، وعليه اقتصر الشارح، أو ببينة أقامها الكفيل. (البحر مع زيادة)

(٧) قوله: "فإن سلمه" (أى فإن سلم الكفيل المكفول بنفسه) أى ويبرأ الكفيل بالنفس إذا سلم

الكفيل من الكفالة أى المكفول عنه أى تسليم المكفول بنفسه
 برئ، ولو^(١) شرط تسليمه فى مجلس القاضى
 وأى يسلم المكفول بنفسه وهو المكفول بنفسه أى لا تبطل بموت الطالب
 يسلمه ثم، وتبطل^(٢) بموت المطلوب والكفيل لا
 وهو المكفول له الكفيل أى يدفع المكفول بنفسه إلى المكفول له وقت التكفيل أى المكفول عنه
 الطالب، وبرئ^(٣) بدفعه إليه، وإن لم يقل، إذا دفعته
 من الكفالة أى المكفول عنه
 إليك فأنا برئ، وبتسليم المطلوب نفسه من كفالته،

المكفول به إلى المكفول له حيث تمكن مخاصمته، كما إذا سلمه فى مصر، سواء قبله الطالب أولاً؛ لأنه
 أتى بما التزمه، وهو تسليم المكفول به فى مكان يحصل فيه المقصود، ولا حاجة إلى إبقاء الكفالة؛ لأنه لا
 يلزم تسليمه إلا مرد واحدة، أما لو سلم فى برية أو سواد لم يبرأ؛ لأنه لا يقدر على المخاصمة فيها لعدم
 الحاكم. (المجمع وشرح النقاية)

(١) قوله: "ولو" أى لو شرط المكفول له أن يسلم الكفيل المكفول بنفسه فى مجلس القاضى لزم
 عليه تسليم المكفول بنفسه فى مجلس القاضى؛ لأن الشرط مفيد، فإنه سلمه فى مجلس برئ، وأفاد
 بقوله: "سلمه ثم" إلى اشتراط ذلك، فإن سلمه فى السوق لم يبرأ، وهو قول زفر، وبه يفتى فى زماننا
 لتهاون الناس فى إقامة الحق، وهذه أحد المسائل التى يفتى فيها بقول زفر. (البحر بحذف مع زيادة)

(٢) قوله: "وتبطل [الكفالة بالنفس]" يعنى الكفالة تبطل بموت المكفول بنفسه وبموت الكفيل،
 ولا تبطل بموت المكفول له؛ لأن المطلوب بموته برئ هو بنفسه، وبرأته توجب براءة الكفيل؛ لأنه
 أصيل، والكفيل تبع، فإذا عجز عن الحضور بالموت سقط عنه، فكذا عن التبع لما قلنا، وبعد موت
 الكفيل لا يتحقق التسليم منه ورثته لا يقومون مقامه؛ لأنهم يخلفون فيما له، لا فيما عليه، وماله لا
 يصلح الإيفاء هذا الحق، وهو إحضار المكفول به، بخلاف الكفيل بالمال إذا مات؛ لأن ماله صالح له،
 وحكمه بعد موته ممكن، فيوفى من ماله، ثم ترجع الورثة على المكفول عنه إن كانت بأمره، وكان الدين
 حالاً، فإن كان مؤجلاً لا رجوع لهم حتى يحل الأجل، وإلا فلا، كأداءه بنفسه، وأما موت الطالب فلا
 يبطلها؛ لأن وصيه، ووارثه يخلفونه. (البحر والزيلعى)

(٣) قوله: "وبرئ" بيان لصور برأه ذمة الكفيل عما كفله، وهو أن الكفيل يبرأ إذا دفع المكفول
 عنه إلى المكفول له، سواء قال وقت عقد الكفالة إذا دفعه إليك: فأنا برئ، أولاً ويبرأ، ويبرأ أيضاً إذا
 أسلم المكفول عنه نفسه من كفالته، وسلمه وكيل الكفيل، أو رسوله إليه، أما الأول فلأن موجب الدفع
 إليه البراءة، فتثبت وإن لم ينص عليهما، كالمديون إذا سلم الدين، والغاصب إذا سلم المغصوب،
 والبائع إذا سلم المبيع، وأما براءة الكفيل فى البواقي؛ فلأن المطلوب بطالب بتسليم نفسه، فإذا سلم
 نفسه حصل المقصود، فلامعنى لبقاءهما كالحيل إذا قضى الدين بنفسه، فإنه يصح قبل الطالب أولاً،
 فعل نائب الوكيل كفله، وقيد بقوله: من كفالته لأنه لا يبرأ الكفيل حتى يقول المكفول عنه: سلمت
 نفسى إليك من الكفالة (عز)

أى وبرئ الكفيل أيضاً بتسليم... إلخ
 أى وكذا يبرأ الكفيل بتسليم رسوله الكفيل
وبتسليم وكيل الكفيل ورسوله، فإن قال^(١): "إن لم
يؤاف به غدا فهو ضامن بما عليه، فلم يؤاف به^(٢)، أو
مات^(٣) المطلوب ضمن^(٤) المال، ومن ادعى على آخر مائة^(٥)
دينار، فقال رجل: "إن لم يؤاف به غدا فعليه المائة، فلم يؤاف
بـه غدا فعليه المائة^(٦)، ولا يجبر^(٧) على الكفالة^(٨) بالنفس

(١) قوله: "فإن قال" فإن كفّل رجل بنفس رجل مديون على أن الكفيل إن لم يؤاف، أى إن لم يأت الكفيل المكفول له بالمكفول عنه غدا، فهو ضامن لما على المكفول عنه من على المكفول عنه من الدين، فلم يؤاف به غداً، أو مات المطلوب، أى المكفول عنه مع قدرته عليه لزمه أى الكفيل بالنفس ما عليه من المال عندنا؛ لأن الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافقة، وهو متعارف يصح تعليقيها به، فإذا وجد الشرط لزمه المال، ولا يبرأ عن كفالة النفس؛ لأنهما كانت ثابتة قبلها، ولا تنافيها كما لو كفّلها جملة (عز)

(٢) أى بالمكفول بنفسه فى غد حتى مضى الغد.

(٣) قوله: "أو مات" لا يخفى أن الموت مستلزم لعدم الموافقة، فلا حاجة إلى ذكره بعد قوله: "فلم يؤاف" إلا أن يقال أن ذكره لدفع توهم أن الشرط أنا هو عدم الموافقة مع القدرة، ولا قدرة مع الموت. (الكشف)

(٤) قوله: "ضمن" ذكر فى وجه صحة هذه التعليق أنه يشبه البيع (أى انتهاء لرجوعه على المكفول عنه ويشبه النذر - ابتداء - من حيث أنه التزام - تبرعاً - فقلنا: لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه، ويصح بشرط متعارف عملاً بشبهتين والتعليق بعدم الموافقة متعارف. (الكشف بتغير)

(٥) قوله: "مائة" قيد ببيان المال عند الدعوى لأنه لو تعلق رجل بأخر، وقال: لى عليك دعوى، ولم يبينها، فكفّله إنسان بالنفس على أنه إن لم يؤاف به غداً، فعليه مائة دينار ففيه اختلاف، قالوا: إذا لم يؤاف به لزمته إذا ادعاها المدعى، وقال محمد: لا تلمه. (البحر)

(٦) لوجود الشرط فلزم المال وهى مائة دينار ادعى بها.

(٧) قوله: "ولا يجبر" يعنى لو طلب مدعى القصاص أو حد القذف من القاضى أن يأخذه كفيلاً لنفس المدعى عليه حتى يحضر البيعة، فإلقاءه لا يجبره على إعطاء الكفيل كسائر الحدود عند الإمام مطلقاً بقوله عليه الصلاة والسلام: «لا كفالة فى حد من غير فصل» ولأن مبنى الحدود كلها على الدرع

أى حد كان أى قصاص المطلوب (س م) جائز اتفاقاً
 فى حد وقود، ولا يحبس^(١) فيهما حتى يشهد شاهدان، أو
 عدل^(٢)، وبالمال^(٣) ولو مجهولاً (ف) الذى تكفل به
 بكفلت^(٤) عنه بألف، وبمالك^(٥) عليه، وبما يدركك^(٦) فى هذا
 البيع، وما بايعت فلاناً فعلى، وما ذاب لك عليه فعلى، وما^(٧)
 يصح أيضاً بقوله: ... إلخ. أى أظهر وجب.

بالشبهة، فلا يجبر على امتثالها لكفالة. (المجمع)

(٨) وأخذ الكفيل برضاه بلا طلب فى حد القذف والقصاص جائز اتفاقاً.

(١) قوله: "لا يحبس" أى لا يحبس فى الحدود والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران أو واحد عدل يعرفه القاضي بالعدالة؛ لأن الحبس ههنا لتهمة الفساد وشهادة المستورين، تصلح للحكم به، فتصلح لإثبات التهمة، وخبر الواحد حجة فى الديانات والمعاملات، فثبتت شهادة العدل التهمة، وإن لم يثبت به أصل الحق، والحبس بتهمة الفساد مشروع؛ لأنه عليه الصلاة والسلام حبس رجلاً بتهمة، بخلاف دعوى الأموال حيث لا يحبس فيه ما لم يثبت؛ لأنه نهاية العقوبة، فلا يثبت إلا بحجة تامة كالحذ نفسه. (الزيلعى)

(٢) أى أو يشهد واحد عدل يعرفه القاضي بالعدالة.

(٣) قوله: "بالمال" أى تصح الكفالة بالمال، ولو كان المال مجهولاً، وصحتها بالإجماع، وصحت مع جهالة المال لبناءهما على التوسع، ولذا جاز شرط الخيار فيها أكثر من ثلاثة، ويدل عليه إجماعهم على صحتها بالدرك مع أنه لا يعلم لم يستحق من البيع كله أو بعضه، والدين الصحيح ما لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء، فلم تصح ببطل الكتابة لأنه يسقط بدونهما بالتعجيز، وكذا لا يجوز ببطل السعاية عنده؛ خلافاً لهما مع أنه لا يسقط إذ هو لا يقبل التعجيز. (البحر)

(٤) بيان لألفاظ الكفالة، يتعلق بالمحذوف، أى تصح الكفالة بالمال بقوله: كفلت. . . إلخ.

(٥) أى وتصح أيضاً، بقوله: كفلت عنه بمالك أو بالذى ثبت لك عليه، أى على فلان، هذا مثال المجهول.

(٦) يعنى إذا استحق المبيع من يد المشتري، ولزمه غرامة الثمن، وهذا هو ضمان الدرك، والدرك لغة بفتح الحين وسكون الراء اسم من أدركت الشيء، واصطلاحاً الرجوع بالثمن عند استحقاق المبيع. (العيني)

(٧) إنما قيد بذكر المكفول له والمكفول عنه لأنه إذا كان أحدهما مجهولاً لا تصح الكفالة. (العيني)

وتصح أيضاً بقوله: ... إلخ ^{المكفول ماضٍ من المطالبة إن شاء} ^{إن شاء أو طالبهما جميعاً} ^{المديون}
غصبك فلان فعلى، فطالب^(١) الكفيل أو المديون إلا إذا شرط

البراءة، فحينئذ تكون حوالة، كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ

بها المحيل كفالة^(٢)، ولو طالب أحدهما له^(٣) أن يطالب الآخر،

ويصح^(٤) تعليق الكفالة بشرط ملائم كشرط وجوب الحق

كأن استحق المبيع مستحق فعلى الثمن. أى كقوله: إن... إلخ

مكفول عنه، أو لتعذره، كأن غاب عن المصر، ولا يصح^(٥)

(١) قوله: "فطالب" أى الطالب يخير إن شاء طالب الكفيل، وإن شاء طالب الأصيل، وكذا له أن يطالبهما معاً؛ لأنه موجب الكفالة، إذ هي تنبئ عن الضم، وذلك يقتضى بقاء الأول لا البراءة إلا إذا شرط براءة الأصيل، فحينئذ تكون حوالة، فلا يطالب الأصيل، كما إذا أحال بشرط أن لا يبرأ المحيل، فله أن يطالبه لما عرف أن العبرة للمعاني لا لمجرد اللفظ. (الزليعى)

وفى "البحر": ولو قال: وطالبهما لكان أولى لبيان ذلك، وليفيد حكم طلب أحدهما بالأولى.

(٢) فحينئذ للطالب أن يطالب الكفيل أو المحيل.

(٣) قوله: "له" بخلاف المغصوب منه إذا اختار أحد الغاصبين؛ لأن اختياره أحدهما يتضمن التملك منه عند قضاء القاضى به، فلا يمكنه التملك من الآخر بعد ذلك، وأما المطالبة بالكفالة لا تقتضيه ما لم يوجد منه حقيقة الاستيفاء. (الزليعى)

(٤) قوله: "ويصح" أى يجوز، تعليق الكفالة لشروط ملائمة لا بمطلق الشرط، والملائمة تثبت يكون الشرط سبباً لوجوبه كقوله: إن استحق المبيع، فعلى الثمن، أو بكونه ممكناً من الاستيفاء، كقوله: إن قدم فلان فعلى ما عليه من الدين، أو بكونه سبباً لتعذر الاستيفاء منه، كقوله: إن غاب زيد فعلى ما عليه من الدين، فهذه جملة الشروط التى يجوز تعليق الكفالة بها، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَهُ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾، فوجه التمسك بالآية أنه علق الكفالة بالشرط، وذلك الشرط سبب لوجوب الحمل على المحيى بالصاع، وشرعية من قبلنا شريعة لنا ما لم تنسخ. (ز)

(٥) قوله: "ولا يصح" يعنى لا يصح تعليق الكفالة بهبوب الريح ونحوه، كنزول المطر، فإن علق به تصح الكفالة، ويجب المال حالا، هكذا ذكر فى "الهداية" و"الكافى"، وهذا سهو، فإن الحكم فيه أن التعليق لا يصح، ولا يلزمه المال؛ لأن الشرط غير ملائم، فصار كما لو علقه بدخول الدار ونحوه مما ليس بملائم، ذكره قاضىخان وغيره (الزليعى) وإن شئت زيادة التحقيق مع ماله وما عليه، فراجع إلى ما فى "البحر" و"الطحطاوى".

فأننا ضامن ^{في الكفالة} بنحو: ^{رجل} إن هبت الريح، فإن جعل أجلا تصح الكفالة، ويجب
^{أي بالذي لزيد مثلاً على عمرو مثلاً. أي زيد أي أقام البينة.} المال حالا، فإن كفل ^(١) بما له عليه، فبرهن على ألف
^{الكفيل} لزمه، وإلا صدق الكفيل فيما أقر بحلفه، ولا ينفذ ^(٢) قول
^{وهو المكفول عنه} المطلوب على الكفيل، وتصح ^(٣) الكفالة بأمر المكفول عنه
^{أي بأمر المطلوب} وبغير أمره، فإن كفل بأمره رجع ^(٤) بما أدى عليه، وإن كفل
^{أي المطلوب لأنه متبرع الكفيل وهو المكفول عنه} بغير أمره لم يرجع، ولا يطالب ^(٥) الأصيل بالمال قبل أن يؤدي

(١) قوله: "فإن كفل" يعني إذا تكفل رجل بماله على فلان، فأقام الطالب البينة على أن له عليه ألف درهم لزم الكفيل؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت عياناً، وإن لم يقيم فلا يجب عليه شيء، لأن قول الطالب لا يكون حجة على المطلوب، وهو المكفول عنه، ولا على الكفيل؛ لأنه مدع، فلا يقبل قوله إلا ببينة. (الزيلعي)

(٢) قوله: "ولا ينفذ" يعني إذا أقر الكفيل بشيء، والمسألة بحالها، وادعى الطالب أكثر من ذلك، كان القول للكفيل؛ لأنه منكر، ولو أقر المكفول عنه بأكثر من ذلك، لا ينفذ قوله على الكفيل لعدم ولايته عليه؛ لأن الإقرار على الغير لا ينفذ إلا إذا كان عن ولاية، وهذا بخلاف ما إذا قال: ما ذاب لك على فلان فعلى، فأقر فلان على نفسه بألف درهم مثلاً، فأنكر الفيل ما أقر به حيث يلزمه ما أقر به المطلوب استحساناً، والقياس أن لا يلزمه شيء لما بينا، وجه الاستحسان أنه تكفل بما تقرر له عليه في المستقبل، وقد تقرر عليه بإقراره، وهذا لأنه متكفل بما يستحب له عليه، فيشترط الوجوب عليه فيما يأتي بأي طريق كان، وفي مسألة الكتاب تكفل بما عليه في الحال، فإذا أخبر الطالب أو المطلوب بما عليه كان منهما، فلا يصدق ما لم يقيم البينة، ويصدق المطلوب في حق نفسه لإقراره عليه، كالمريض إذا أقر بدين يرد إقراره في حق غرماء الصحة، ويقبل في حق نفسه حتى إذا فضل شيء من غرماء الصحة كان للمقر له. (الزيلعي)

(٣) لا يوجد هذه الجملة في شيء من النسخ الصحيحة المعتمدة الموجودة عندنا، ولعلها من زيادات بعض الناسخين. (محمد إزاز على غفر له)

(٤) قوله: "يرجع" أطلقه وهو مقيد بما إذا أدى ما ضمنه، بأن ضمن الدراهم، وأدى الدراهم، وجه الرجوع أنه قضى دينه بأمره، وأما إذا أدى خلافه بأن ضمن الدراهم مثلاً، وأدى الدينارين رجع بما ضمن؛ لأنه ملك الدين بالأداء، فنزل منزلة الطالب، كما إذا ملكه بالإرث. (عز)

(٥) قوله: "ولا يطالب" لأنه التزم المطالبة، وإنما يتملك الدين بالأداء، فلا يرجع قبل التملك،

الكفيل للمال من جهة الطالب
 عنه، فإن لوزم^(١) لازمه، وبرئ^(٢) بأداء الأصيل، ولو أبرأ^(٣) الطالب
 الأصيل أو آخر عنه، برئ الكفيل وتأخر عنه، ولا ينعكس^(٤) الطالب
 أى الأصيل أو الكفيل هو دين وهو خمس مائة درهم أى الأصيل والكفيل
 ولو صالح^(٥) أحدهما رب المال عن ألف على نصفه برئاً، وإن
 الذى كفلت به إذا كفل بأمره وإلا لا
قال الطالب للكفيل: برئت إلى من المال، رجع^(٦) على

بخلاف الوكيل بالشراء، حيث يرجع قبل الأداء؛ لأن الوكيل من الموكل ينزل منزلة البائع من المشتري فيما يرجع إلى الحقوق لما أنه انعقد بينهما مبادلة حكمية حتى لو اختلفا في مقدار الثمن تحالفاً، وكان للوكيل ولاية حبس المبيع عن الموكل إلى أن يوفى الثمن، كما كان ذلك للبائع إذ هو استفاد الملك من جهة، فكذا له أن يطالبه بالثمن قبل أن يؤدي كما كان للمشتري أن يطالب المشتري منه إذا باع المبيع قبل أن يوفى الثمن إلى البائع. (الزيلعي)

(١) قوله: "فإن لوزم" أى إن لوزم الكفيل من جهة الطالب لازم هو الأصيل حتى يخلصه، وكذا إذا حبسه له أن يحبسه؛ لأنه هو الذى أدخله في هذه العهدة، ولحقه ما لحقه من جهته، فيعامله بمثلته حتى يخلصه من ذلك، أو تخلصه واجب عليه. (الزيلعي)

(٢) قوله: "وبرئ" أى برئ الكفيل بأداء الأصيل؛ لأن الأصيل يبرأ بالأداء، وبرأته توجب براءة الكفيل؛ لأنه ليس عليه دين فى الصحيح، وإنما عليه المطالبة فقط، ويستحيل المطالبة بدون الدين. (الزيلعي)

(٣) قوله: "ولو برأ" أى لو برأ الطالب الأصيل، أو أجل دينه برئ الكفيل، وتأجل الدين فى حقه أيضاً؛ لما ذكرنا أنه ليس عليه إلا المطالبة، وهى تبع للدين، فسقط بسقوطه، وتأخر بتأخره، بخلاف ما إذا تكفل بشرط براءة الأصيل ابتداء حيث يبرأ الأصيل وحده دون الكفيل؛ لأن الكفالة فيه صارت عبارة عن الحوالة مجازاً، واللفظ إذا أريد به المجاز سقطت الحقيقة، فصار الكفيل محالاً عليه، وبراءة المحيل لا توجب براءة. (الزيلعي)

(٤) قوله: "ولا ينعكس" أى براءة الكفيل لا توجب براءة الأصيل، ولا التأخير عنه يوجب التأخير عن الأصيل؛ لأن عليه المطالبة، وبقاء الدين على الأصيل بدونه جائز. (البحر)

(٥) قوله: "ولو صالح" أى لو صالح الأصيل، أو الكفيل الطالب على نصف الدين، برئ الكفيل والأصيل، أما إذا صالح الأصيل فظاهر؛ لأنه بالصلح يبرأ براءة توجب براءة الكفيل، وأما إذا صالح الكفيل فلأنه إضافة إلى الألف الدين، وهى على الأصيل، فبرئ عن خمسمائة، فبرأته توجب براءة الكفيل، ثم برئاً جميعاً عن خمس مائة بأداء الكفيل، ويرجع على الأصيل بخمس مائة إن كانت الكفالة بأمره، بخلاف ما إذا صالح على جنس آخر لكونه مبادلة، فملكه، فرجع بالألف. (البحر)

(٦) قوله: "رجع" أى الكفيل يرجع على المكفول عنه؛ لأن هذا إقرار منه بالقبض من الكفيل؛

وهو المكفول ^{بفتح التاء} من غير قوله: إلى ^(١) برئت أو أبرأتك لا ^(٢)، وبطل ^(٣) تعليق البراءة ^{وقيل: صح.} بالرفع عطف على تعليق البراءة. ^{أى قصاص} من الكفالة بالشرط، والكفالة ^(٤) بحد، وقود ومبيع ^(٥)، ومرهون ^(٦) وأمانة، وصح ^(٧) لو ثمننا ومغصوباً ومقبوضاً ^(٨)

لأن البراءة التى تكون ابتداءها من الكفيل وانتهاءها إلى الطالب لا تكون إلا بالإيفاء منه، فصار كأنه قال: دفعت إلى أو نقدتني أو قبضه منك، فيرجع عليه، ولا يرجع الطالب على واحد منهما لإقراره بالاستيفاء من الكفيل. (الزيلعى)

(١) قوله: "وفى" أى فى قول الطالب الكفيل: برئت أو أبرأتك لا يرجع الكفيل على المطلوب، أما فى أبرأتك فلا خلاف فيه؛ لأنه إبراء لا ينتهى إلى غيره، وذلك بالإسقاط، فلم يكن إقراراً بالإيفاء، وأما فى برئت، فقال محمد: هو مثله، لاحتماله البراءة بالأداء عليه والإبراء، فثبت الأولى، إذ لا رجوع بالشك، وقال أبو يوسف: هو مثل الأول؛ لأنه أقر ببراءة ابتداءها من المطلوب، وإليه الإيفاء دون الإبراء. (البحر بحذف)

(٢) لا يرجع الكفيل على الأصيل.

(٣) قوله: "وبطل" أى ولا يصح تعليق البراءة عن الكفالة بالمال بالشرط مثل: إذا جاء غد فأت برىء من الكفالة بالماء، فجاء غد لا يبرأ عنهما، إذ شرطه باطل، وكفالاته جائزة، كسائر البراءات؛ لأن فى الإبراء معنى التمليك، والتمليكات لا تقبل التعليق بالشرط، لكونه قماراً، هذا ظاهر على قول من يقول بثبوت الدين على الكفيل، وعلى قول غيره أن تمليك المطالبة كتمليك الدين؛ لأنها وسيلة إليه، وكذا لا يجوز تعليق براءة الأصيل؛ لأن معنى التمليك فيه ظاهر، إذ المال واجب عليه. (المجمع)

(٤) قوله: "والكفالة" يعنى الكفالة بهذه الأشياء باطلة، أما الكفالة باستيفاء الحد والقصاص فلأن الكفالة إنما تصح بمضمون تجرى النيابة فى إيفاءه، ولا تجرى النيابة فى العقوبات؛ لأن المقصود من شرعهما زجر المفسدين عن الفساد، فلا يمكن إقامتهما على غير الجانى لعدم الفائدة، وأما الكفالة بالمبيع والمرهون والأمانات كلها فلأن الكفالة من شرط صحتها أن يكون المكفول به مضموناً على الأصيل بحيث لا يمكنه أن يخرج عنه إلا بدفعه، أو بدفع بدله؛ لأن الكفالة التزام المطالبة بما على الأصيل، فلا بد أن يكون واجباً على الأصيل ومضموناً عليه، حتى يتحقق معنى الضم، والمبيع قبل القبض ليس بمضمون بنفسه، وإنما هو مضمون بالثمن، ألا ترى أنه لو هلك لا يجب عليه شيء، بل ينفسخ البيع، وكذا الرهن غير مضمون عليه بنفسه، وإنما يسقط دينه إذا هلك، فلا يمكن إيجاب الضمان على الكفيل، وهو ليس بواجب على الأصيل، لا عينها ولا تسليمها، فلا يمكن جعلهما مضمونة على الكفيل، فلا تصح الكفالة بها. (الزيلعى)

(٥) أى وتبطل الكفالة أيضاً بمبيع فى يد البائع.

(٦) أى وكذا لا يصح بمرهون فى يد المرتهن.

وكذا إذا كان المكفول به بيعاً فإسداً

على سَومِ الشراء، ومبيعاً فإسداً، وحمل^(١) دابةً معينة

بالجر أيضاً عطف على حمل دابة وبالجر أيضاً عطف على حمل دابة

مستأجرة^(٢)، وخدمة عبد استوَجِر للخدمة، وبلا قبول^(٣)

وهو المكفول له (س ف ك و)

بأمر المريض

الطالب في مجلس العقد إلا^(٤) إن تكفل وارث المريض

(٧) قوله: "وصح [التكفيل عن المشتري] أى صح الضمان لو كان المضمون . . . إلخ أما الثمن فلكونه ديناً صحيحاً مضموناً على المشتري، وأما ما عداه فلكونه مضموناً بنفسه على الأصل؛ لأنه إذا هلك وجبت قيمته وهى كهو. (البحر)

(٨) أى كذا إذا كان المكفول له مقبوضاً على سَومِ الشراء أى على طلبه.

(١) قوله: "وحمل [بالجر عطف على قوله: يحد وقصاص]" يعنى لا تجوز الكفالة بالحمل فيما إذا استأجر دابة معينة للحمل عليهما، ولا بالخدمة فيما إذا استأجر عبداً للخدمة؛ لأن من شرطهما أن يكون قادراً على التسليم، وهنا لا يقدر لأنه استحق عليه الحمل على دابة معينة، والكفيل لو أعطى دابة من عنده لا يستحق الأجرة؛ لأنه أتى بغير المقصود عليه، ألا ترى أن المؤجر لو حمّله على دابة أخرى لا يستحق الأجرة، فصار عاجزاً ضرورة، وكذا العبد للخدمة، بخلاف ما إذا كانت الدابة غير معينة؛ لأن المستحق على المؤجر الحمل، والكفيل يقدر على ذلك بأن يحمله على دابة نفسه، ولو تكفل بتسليم الدابة فيما إذا كانت معينة جاز؛ لما ذكرنا فى المبيع. (الزيلعى)

(٢) بأن استأجرها شخص للحمل عليها، فكفل رجل يحمل.

(٣) قوله: "وبلا قبول [أى ولا تصح الكفالة أيضاً بلا قبول . . . إلخ]" أى بطلت الكفالة بلا قبول الطالب فى مجلس الإيجاب، أى لم تنعقد أصلاً، وهذا عند أبى حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: يجوز إذا بلغه فأجاز، ولم يشترط فى بعض النسخ الإجازة، وهو الأظهر عنه، والخلاف فى الكفالة فى النفس والمال جميعاً.

له أنه تصرف التزام فيستبد به الملتزم، وهذا وجه الظاهر عنه، ووجه التوقف أنه تصرف للغير، فيتوقف على رضاه كسائر العقود، وعبرة الواحد عنده تقوم مقام عبارتين، وإن كان فضولياً كما فى نكاح الفضولى.

ولهما أن فيهما معنى التملك، وهو تملك المطالبة منه، فيقوم بهما جميعاً، والموجود شطره، فلا يتوقف على وراء المجلس إلا أن يقبل عن الطالب فضولى، فإنه يصح ويتوقف على إجازته، وللکفيل أن يخرج نفسه عنها قبل إجازته. (البحر والزيلعى)

(٤) قوله: "إلا" يعنى لا تجوز الكفالة إلا بقبول المكفول له فى المجلس عندهما إلا فى مسألة واحدة، وهى أن يقول المريض لورثته أو لبعضهم: تكفلوا عني بما على الدين لغرمائى، فتكفلوا عنه مع غيبة الغرماء، فإنه جائز استحساناً، وإن كان القياس يأباه على قولهما، إذ لا يتم إلا بقبوله، فصار كما لو قال ذلك فى حالة الصحة، وجه الاستحسان أن هذه وصية منه، ولورثته بأن يقضوا دينه، ولهذا

أى ولا تصح الكفالة أيضاً عن مَن يترك مالا وعليه دين (س م ف ك د) ف ك و
 عنه، وعن^(١) ميت مفلس وبالثلث^(٢) للموكل ولرب المال
 أى ولا تصح الكفالة بالثلث للشريك... إلخ
 وللشريك^(٣) إذا بيع عبد صفقة^(٤) وبالعهد^(٥)دة

يصح وإن لم يسم المريض الدين وغرماءه؛ لأن الجهالة لا تمنع صحة الوصية، ولهذا قالوا: لا تصح إذا لم يخلف مالا. (الزيلعي)

(١) قوله: "وعن" يعنى لا تجوز الكفالة عن ميت لم يترك مالا وعليه ديون، وهذا عند أبى حنيفة، وقالوا: صحيحة لما روى أن رسول الله ﷺ أتى بجنازة رجل من الأنصار، فسأل هل عليه دين؟ قالوا: نعم، درهمان أو ديناران، فامتنع عن الصلاة، فقال: صلوا على أخيكم، فقام أبو قتادة، فقال: هما على يا رسول الله ﷺ، وله أنه كفل بدين ساقط؛ لأن الدين هو الفعل حقيقة، ولهذا يوصف بالوجوب إلا أنه فى الحكم مال؛ لأنه يؤول إليه فى المال، وقد عجز بنفسه، وبخلفه، ففات عاقبة الاستيفاء، فيسقط ضرورة، والتبرع لا يعتمد قيام الدين، وإذا كان له كفيل، إذ له مال، فخلفه أو الإفضاء إلى الأداء باق، والجواب عن الحديث أنه يحتمل الإقرار عن كفالة سابقة، والإنشاء والوعد حكاية الفعل لا عموم لهما. (البحر والزيلعي)

(٢) قوله: "وبالثلث [أى ولا تصح الكفالة بالثلث]" أى لا تجوز الكفالة بالثلث للموكل ولا لرب المال، معناه إذا وكل رجل رجلاً ببيع شيء، فباعه الوكيل، ثم ضمن الثمن للموكل عن المشتري، أو ضمن مضارب لرب المال ثمن متاع باعه من المشتري لم يجز؛ لأن حق القبض للوكيل، والمضارب فقط، فبكفالتهم كل منهما يصير كفيلاً لنفسه؛ لأن الكفالة التزام المطالبة ولا مطالبة إلا لهما. (الزيلعي والكشف بتغير)

(٣) قوله: "وللشريك" أى إذا باع رجلان عبداً مشتركاً بينهما من رجل صفقة واحدة، وضمن أحدهما لشريكه نصيبه من الثمن، لا يجوز؛ لأنه ضامناً لنفسه؛ لأنه ضامن جزء يؤديه المشتري، أو الكفيل من الثمن إلا ولشريكه فيه نصيب. (الزيلعي)

(٤) يعنى فى عقد واحد.

(٥) قوله: "وبالعهد" أى لا تجوز الكفالة بالعهد، وصورتها أن يشتري عبداً من رجل مثلاً، فيضمن للمشتري رجل بالعهد، وإنما لا يجوز لأن العهد اسم مشترك قد يقع على الصك القديم؛ لأنه وثيقة بمنزلة كتاب العهد، وهو ملك البائع، ولا يلزمه التسليم، فإذا ضمن تسليمه إلى المشتري فقد ضمن ما لا يقدر عليه، فلا يصح، ويطلق على العقد؛ لأنها مأخوذة على العهد، والعقد والعهد واحد، وعلى حقوق العقد؛ لأنها ثمرة العقد، وعلى الدرك وعلى خيار الشرط، ففى الخبر عهدة الرقيق ثلاثة أيام، أى خيار الشرط فيه، فتعذر العمل بها قبل البيان، فبطل الضمان للجهالة بخلاف الدرك، فإن ضمانه صحيح؛ لأنه عبارة عن ضمان الثمن عند استحقاق المبيع، وهو معلوم مقدور التسليم.

ولا يقال: ينبغى أن يصرف إلى جواز الضمان به، وهو الدرك تصحيحاً لتصرفاته؛ لأننا نقول:

أى ولا تصح الكفالة أيضاً بالخلاص (س م)

والخلاص^(١) ومال الكتابة^(٢).

فى مسائل متفرقة من جنس هذا الباب

فصل

ولو أعطى^{المال المكفول به} ^(٣)المطلوب الكفيل قبل أن يعطى الكفيل^{أى المكفول له} الطالب لا يسترد منه، وما^(٤) ربح الكفيل فهو له، وندب^(٥)

فراغ الذمة أصل، فلا يثبت الشغل بالشك والاحتمال. (الزيلعى)

(١) قوله: "والخلاص" أى وبطلت الكفالة بالخلاص، وهذا عند أبى حنيفة، وقالوا: هى صحيحة بناءً على تفسيرها بتخليص المبيع إن قدر عليه، ورد الثمن إن لم يقدر عليه، وهو ضمان الدرك فى المعنى، وأبو حنيفة رحمه الله فسره بتخليص المبيع لا محالة، ولا قدرة له عليه؛ لأن المستحق لا يمكنه منه، ولو ضمن تخليص المبيع، أو رد الثمن جاز لا مكان الوفاء به، وهو تسليمه إن أجاز المستحق، أو رده إن لم يجز، فالخلاف راجع إلى التفسير. (البحر)

(٢) أى لا يصح الكفال أيضاً بمال الكتابة لأنه دين غير صحيح.

(٣) قوله: "ولو أعطى" أى لو قضى المكفول عنه الدين للكفيل قبل أن يعطى الكفيل المكفول أنه ليس للمكفول عنه أن يسترد منه؛ لأنه تعلق به حق القابض على احتمال قضاءه الدين، فلا تجوز مطالبة ما بقى بالاحتمال، كمن عجل زكاته ودفعها إلى الساعى. (البحر)

(٤) قوله: "وما" أى إذا ربح الكفيل فى المال الذى قبضه من المطلوب قبل أن يقضى الدين طاب له الربح؛ لأنه ملكه حين قبضه، أما إذا قضى الدين فظاهر، وكذا إذا قضى المطلوب بنفسه، وثبت له حق الاسترداد؛ لأنه وجب للكفيل وهو المطالبة، إلا أنه أخرت المطالبة (أى مطالبة الكفيل الأصيل - إلى وقت الأداء، فنزل منزلة الدين المؤجل، ولو عجل المديون الدين المؤجل يملكه الدائن فكذا هذا، وكذا لو أبرأ الكفيل المطلوب قبل أداءه يصح، وكذا إذا قبضه. (البحر والكشف بتغير)

(٥) قوله: "ونذب" [يعنى يستحب رد الربح على المكفول عنه إذا كان المقبوض شيئاً يتعين كالحنطة والشعير] أى إذا كانت الكفالة بكر بر فقبضه الكفيل من المكفول عنه، وباعه وربح فيه، فالربح للكفيل، لكن يستحب له أن يرده على المكفول عنه، ولا يجبر عليه عند الإمام فى رواية "الجامع الصغير"، وهذا إذا قضى الأصيل الدين، وقالوا: هو له، ولا يرده، وهو رواية عن الإمام، وعنه أنه يتصدق به قيد بما يتعين؛ لأن ربح ما لا يتعين لا يستحب رده على المطلوب، وهل يطيب للأصيل إذا رده الكفيل عليه، قال فى "الغاية": إن كان الأصيل فقيراً طاب له، وإن كان غنياً، ففيه روايتان، والأشبه أن يطيب؛ لأنه إنما يرد عليه على أنه حقه. (المجمع)

أى الريح أى لو كان الذى أخذه من شيئاً... إلخ
 رده على المطلوب لو شيئاً يتعين، ولو أمر^(١) كفيله أن يتعين
 الكفيل ذلك لأنه العاقد الذى ربحه التاجر
 عليه حريراً ففعل فالشراء للكفيل، والربح عليه، ومن
 أى ظهر ووجب. أى لفلان على الرجل أى لفلان على الرجل
 كفل عن رجل بما ذاب له عليه، أو بما قضى^(٢) له عليه،
 وهو المكفول عنه
 فغاب المطلوب، فبرهن المدعى على الكفيل أن له على
 و بنته وأقام الرجل بينته عند القاضي على رجل من المال
 المطلوب ألفاً لم تقبل^(٣)، ولو برهن^(٤) أن له على زيد كذا،

(١) قوله: "ولو أمر" تفسيره أن الأصل أمر الكفيل ببيع العينة، وهو أن يقول له: اشتر من الناس حريراً أو غيره من الأنواع ثم بعه ما ربحه البائع منك وخسرت أنت فعلى.
 صورته: أن يأتى هو إلى تاجر، فيطلب منه القرض، ويطلب التاجر الربح، ويخاف من الربا، فيبيعه التاجر ثوباً يساوى عشرة مثلاً بخمسة عشر نسيئة ليبيعه هو فى السوق بعشرة، فيصل إلى العشرة، ويجب عليه للبائع خمسة عشر إلى أجل، أو يقرضه خمسة عشر إلى أجل، أو يقرضه خمسة عشر درهماً، ثم يبيعه المقرض ثوباً يساوى عشرة بخمسة عشر، فيأخذ الدراهم التى أقرضه على أنها ثمن الثوب، فيبقى عليه الخمسة عشر فرضاً، فإذا فعل ذلك نفذ عليه، والربح الذى ربحه التاجر يلزمه، ولا يلزم الأمر شيء من ذلك؛ لأنه إما ضمان خسران، وهو فاسد، أو توكيل فاسد؛ لأن الحرير غير متعين، وعلى كل فالشراء للمشتري، وهو الكفيل. (الزيلي والكشف)

(٢) أى أو كفل عن رجل بما... إلخ.

(٣) قوله: "لم تقبل" لأنه كفل ما لا يجب فى المستقبل بالقضاء، أو بأى سبب كان، وذلك لم يوجد؛ لأن القضاء على الغائب لا يجوز، فلم يوجب شيئاً، ولم يوجد شرطه، ولهذا لو أقر الكفيل على الأصيل بألف درهم لا يجب على الكفيل؛ لأن إقراره لا يوجب على الأصيل، وشرط لزوم الكفيل فى هذه الكفالة الوجوب على الأصيل، فكذا القضاء وهو غائب. (الزيلي)

(٤) قوله: "ولو برهن" أى لو أحضر شخصاً عند القاضي، فأقام البينة أن له على فلان الغائب ألف درهم، وأن هذا الشخص كفيل عنه بأمره، قبلت البينة، وقضى على الأصيل والكفيل جميعاً، ولو أقام البينة أنه كفل عنه بغير أمره، قضى على الكفيل فقط، ولا يقضى على الغائب، وإنما قبل البرهان هنا لأن المكفول به مال مطلق، بخلاف ما تقدم، وإنما يختلف بأمره وعدمه؛ لأنها يتغايران؛ لأن الكفالة بالأمر تبرع ابتداء، ومعاوضة انتهاء، وبغير أمر تبرع ابتداء وانتهاء، فبدعواه أحدهما لا يقضى له بالآخر، وإذا قضى بها بالأمر يثبت أمره، وهو يتضمن الإقرار بالمال، فيصير مقضياً، والكفالة بأمر لا تمس جانبه؛ لأنه يعتمد صحتها قيام الدين فى وعد الكفيل، فلا يتعدى إليه، وفى الكفالة بأمر يرجع الكفيل بما أدى على الأمر. (الزيلي والبحر)

أى الذى أحضره عند القضاى وزيد غائب
 وأن هذا كفيل عنه بأمره، قضى به عليهما^(١)، ولو بلا أمر
 ولو برهن أنه كفيل عنه بلا أمره
 قضى على الكفيل فقط^(٢)، وكفالاته^(٣)
 للمبيع وإقرار منه أنه لا حق له فيه. أى لا يكون تسليمًا. جوابه كلمة صح فى آخر الجملة
 بالدرك^(٤) تسليم وشهادته^(٥) وختمه لا، ومن ضمن عن
 جوابه كلمة صح فى آخر الجملة
 آخر خراجة أو رهن به، أو ضمن نوائبه، أو قسمته

(١) أى على زيد وعلى الذى أحضره وأقام عليه البينة أنه كفيل عنه .

(٢) يعنى إلا يقضى على الغائب .

(٣) قوله : " وكفالاته " (أى كفالة رجل للمشتري عن البائع إذا باع له داراً مثلاً) معناه إذا باع رجل داراً مثلاً ، فكفل رجل للمشتري عن البائع بالدرك ، وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع ، فكفالاته تسليم للمبيع ، وإقرار منه أنه لا حق له فيها حتى لو ادعى أن الدار ملكه ، أو ادعى فيها الشفعة ، أو الإجارة لا تسمع دعواه ؛ لأن الكفالة إن كانت مشروطة فى البيع توقفت جوازه على قبول الكفيل للكفالة فى المجلس ، فإذا قبل وانبرم بقبوله ، ثم ادعى الملك أو غيره صار ساعياً فى نقض ما تم من جهته ، ومن سعى فى نقض ما تم من جهته ضلّ سعيه فى الحياة الدنيا ، وإن لم تكن مشروطة فى البيع ، فالمطلوب من هذه الكفالة إتمام البيع وإحكامه بأن لا يرغب فيه المشتري إلا بالكفالة خوفاً من الاستحقاق ، فيكون إقراراً منه بأن البائع مالك لهما وقت البيع ، فلا تصح دعواه بعد ذلك . (الزليعى)

(٤) وهو ضمان الثمن وعند استحقاق المبيع .

(٥) قوله : " وشهادته [أى شهادة الرجل المذكور فى الصورة المذكور] " أى كتابة شهادته وختمه لا يكون تسليمًا حتى إذا ادعاه بعده تقبل دعواه ؛ لأن الشهادة ليس فيها ما يدل على أنه أقر للبائع بالملك ، إذ البيع يوجد من غير المالك ، كما يوجد من المالك ، ولعله كتب الشهادة ليحفظ الواقعة ، أو لينظر فى البيع ، حتى إذا رأى فيه مصلحة أجازها ، وليس فيه ما يدل على نفاذه ، بخلاف ضمان الدرك ؛ لأن مقصوده الانبرام على ما بينا ، حتى لو شهد هنا أيضاً عند الحاكم بالبيع ، وقضى بشهادة أنه لم يقض يكون تسليمًا حتى لا يسمع دعواه بعد ذلك ؛ لأن الشهادة بالبيع على إنسان إقراره أنه لنفاذ البيع ؛ لأن العاقل يريد كانه قال : باع وهو يملكه ، أو باع يبيعاً باتاً نافذاً فى الشهادة ، كذلك من غير أن يقول فيه على زعم المتعاقدين ، أو إقرارهما ، فيكون بدعواه بعد مناقضاً ، بخلاف مجرد الكتابة فى الصك ؛ لأنه لا يتعلق به حكم ، وإنما هو مجرد إخبار ، وهو لو أخبر بأن فلاناً باع شيئاً كان له أن يدعيه ، وقوله : وختمه وقع اتفاقاً باعتبار عاداتهم ، فإنهم كانوا يختمونه بعد كتابة أسماءهم على الصك خوفاً من التغير والتزوير ، والحكم لا يختلف بين أن يكون الصك مختوماً أو غير مختوم . (الزليعى)

هذا الضمان وصح هذا الرهن أيضاً

درهم

صح^(١)، ومن قال^(٢) لآخر: ضمنت لك عن فلان مائة

ف س

الآخر، وهو المقر له صدقة، ولكن هي حالة

إلى شهر، فقال: هي حالة، فالقول للضامن، ومن اشترى أمة

(١) قوله: "صح" أما الخراج فلكونه ديناً مطالباً به، قيد به للاحتراز عن الزكاة في الأموال الظاهرة، فإنه لا يجوز الضمان بها عن صاحب المال؛ لأنها مجرد فعل، ولهذا لا تؤخذ من تركته إلا بوصيته.

أطلقه فشمّل الخراج الموظف وخراج المقاسمة، وخصصه بعضهم بالموظف، وهو ما يجب في الذمة، ونفى صحة الضمان بخراج المقاسمة؛ لأنه لم يكن ديناً في الذمة، والرهن كال كفالة بجامع التوثق، فيجوز في كل موضع تجوز الكفالة فيه، هكذا ذكر الشارح، وهو منقوض بالدرك، فإن الكفالة به جائزة دون الرهن.

وأما النوائب فجمع نائبة، وفي "الصحيح": النائبة المصيبة، واحدة نوائب الدهر... اهـ، وفي اصطلاحهم قيل: أراد بها ما يكون بحق كأجرة الحراس وكري النهر المشترك، والمال الموظف لتجهيز الجيش، وفداء الأسرى، وقيل المراد بهما ما ليس بحق، كالجبايات التي في زماننا يأخذها الظلمة بغير حق، فإن كان مراده هو الأول جازت الكفالة بهما اتفاقاً؛ لأنه واجب مضمون وإن كان مراده الثاني، ففيه اختلاف المشايخ، فقال بعضهم: لا تجوز الكالة؛ لأنها ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة أو الدين، وهنا لا مطالبة ولا دين شرعيان على الأصل، فلم يتحقق معناها.

وقال بعضهم: تجوز لأنها في المطالبة مثل سائر الديون، بل فوقهما، والعبرة للمطالبة؛ لأنها لا التزامها، فالمطالبة الحسية كالمطالبة الشرعية.

وأما القسمة فقيل هي النوائب بعينها، أو حصة منها، والرواية بـ"أو"، وقيل هي النائبة الموظفة الراتبية، والمراد بالنوائب ما ينوبه عن راتب، والحاصل أن المشايخ اختلفوا في معناه، فأبوبكر بن سعيد ادعى أن هذه الكلمة غلط؛ لأن القسمة مصدر، والمصدر فعل، وهذا الفعل غير مضمون، ورد بأن القسمة تحيى بمعنى النصيب، والفقيه أبو جعفر الهندواني قال: معناها أن أحد الشريكين إذا طلب القسمة من صاحبه، وامتنع الآخر عن ذلك، فضمن إنساناً ليقوم مقامه في القسمة جاز؛ لأن القسمة واجبة عليه.

وقال بعضهم: معناها إذا اقتسما، ثم منع أحد الشريكين قسم صاحبه، فتكون الرواية على هذا قسمة بالضمير لا بالياء، وقد علمت أن القسمة بالياء تحيى بمعنى القسم بلا تاء. (البحر بحذف)

(٢) قوله: "ومن قال" يعني إذا أقر أنه كفيل بدين عن فلان، وادعى الأجل، فصدقه المقر وهو الطالب في الدين، وكذبه في الأجل، كان القول قول المقر؛ لأنه لم يقر بالدين؛ لأنه لا دين عليه في الصحيح، إنما أقر بمجرد المطالبة بعد أشهر، قيد بالضمان لأنه لو أقر بمائة إلى شهر، وقال المقر له: هي حالة، فالقول للمقر له؛ لأن المقر أقر بالدين، ثم ادعى حقاً لنفسه وهو تأخير المطالبة إلى الأجل، وهذا هو الفرق. (البحر والزيلعي)

وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ^(١) المشتري الكفيل
حتى يقضى له بالثمن على البائع

وفى نسخة: والعبدان

باب^(٢) كفالة الرجلين والعبد وعنه

دين^(٣) عليهما^(٤) وكل كفل عن صاحبه، فما أداه أحدهما
لم يرجع به على شريكه، فإن زاد على النصف رجع بالزيادة،
وإن كفلا^(٥) عن رجل، وكفل كل عن صاحبه، فما أدى رجع

(١) قوله: "لم يأخذ" لأن الكفالة بالدرك هو ضمان الثمن عند خروج المبيع عن ملكه بالاستحقاق، وهو لم يخرج عن ملكه ما لم يفسخ البيع، ويحكم على البائع برد الثمن على المشتري، وبمجرد الاستحقاق لا يفسخ، ولهذا لو أجاز المستحق البيع قبل الفسخ جاز، فلو كان منتقضا لما جاز، فإذا لم ينتقض لم يجب الثمن على البائع، ولم يخرج عن ملكه؛ لأن بدل المستحق مملوك، ألا ترى أنه لو كان ثمنها عبداً فأعتقه البائع في هذه الحالة عتق. (الزيلعي)

(٢) قوله: "باب" شروع في كفالة الرجلين بعد كفالة الرجل؛ لأن الاثنين بعد الواحد في الوجود، فأخر ذكرها وضعاً للتناسب. (الشلبى)

(٣) قوله: "دين" معناه إذا كان لرجل دين على اثنين بأن اشتريا منه عبداً، وتكفل كل واحد منهما عن صاحبه، فما أداه أحدهما لم يرجع به على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف، فيرجع بالزيادة؛ لأن كل واحد منهما في النصف أصيل، وفي النصف الآخر كفيل، ولا معارضة بين ما عليه بحق الأصالة وبحق الكفالة؛ لأن الأول دين، والثاني مطالبة، ثم هو تابع للأول، فيقع عن الأول، وفي الزيادة لا معارضة، فيقع عن الكفالة. (البحر والزيلعي)

(٤) على اثنين بأن اشتريا منه عبداً.

(٥) قوله: "وإن كفلا" معناه إذا كان على رجل دين ألف درهم مثلاً، فكفل عنه رجلان كل واحد منهما بجميعه على الانفرد، ثم كفل كل واحد من الرجلين عن صاحبه بما لزمه بالكفالة؛ لأن الكفالة عن الكفيل جائزة، كما تجوز عن الأصيل، فما أدى أحدهما رجع بنصيبه على صاحبه، ثم يرجعان على الأصيل إن شاء، وإن شاء رجع وهو بالكل على الأصيل، وأما رجوع كل واحد من الكفيلين على الآخر فلكون الكل كفالة هنا، فلا رجحان، فوقع شائعاً، بخلاف المسألة الأولى، فإن الأصالة ترجح على الكفالة، ثم يرجعان على الأصيل؛ لأنهما أديا عنه دينه بأمره أحدهما بنفسه،

سواء كان قليلاً أو كثيراً

بنصفه على شريكه، أو بالكل على الأصيل، وإن أبرأ الطالب

أى أحد الاثنين الطالب أى الكفيل الآخر بكل المال أى الشريكان شركة المفاوضة

أحدهما أخذ^(١) الآخر ب كله، ولو افترق^(٢) المفاوضانوعليهما دين، أخذ الغريم أياً شاء^(٣) بكل الدين، ولا يرجع

حتى يؤدى أكثر من النصف، وإن كاتب عبدي كتابةً واحدةً،

وكفّل كل عن صاحبه، فما أدّى أحدهما رجع^(٤) بنصفه، ولوحرر^(٥) أحدهما أخذ أياً شاء بحصة من لم يعتقه، فإن أخذ

والآخر بنائبه، وأما رجوعه على الأصيل فلكونه كفّل بأمره. (الزيلي والطحطاوى بتصرف)

(١) قوله: "أخذ" لأن إبراء الكفيل لا يوجب براءة الأصيل، فبقى المال كله على الأصيل، والآخر كفيل عنه ب كله، فيأخذه به. (الزيلي)

(٢) ولو افترق شريكا العنان وثمة دين لم يؤخذ أحدهما إلا بما يحضه.

(٣) لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة.

(٤) قوله: "رجع بنفسه" وهذا استحسان، والقياس أن لا يجوز؛ لأن فيه كفالة المكاتب، والكفالة تبدل الكتابة، وكل واحد منهما بانفراده باطل، وعند الاجتماع أولى، وطريق الاستحسان أن يجعل كل واحد منهما أصلياً فى حق وجوب الألف عليه، فيكون عتقهما بأدائه، ويجعل كفيلاً بألف فى حق صاحبه، وإذا عرف ذلك فما أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصف؛ لاستواءهما به، ولو رجع بالكل لم تتحقق المساواة. (الزيلي والبحر)

(٥) قوله: "وحرّر" معناه لو أعتق أحد العبدین فيما إذا كاتبهما، وشرط كفالة كل واحد منهما عن صاحبه، صح العتق لوجود المصحح للعتق، وهو الملك فى الرقبة، وبرئ عن حصته من بدل الكتابة؛ لأنه لم يرض بالتزام المال إلا ليكون وسيلة إلى العتق، ولم يبق وسيلة فتسقط حصته، ويبقى على صاحبه حصته؛ لأن المال فى الحقيقة مقابل برقيتهما، وإنما جعل كل واحد منهما كله احتيالا لتصحيح الضمان، وإذا حصل له العتق استغنى عنه، فاعتبر مقابلاً برقيتهما، فيتوزع عليهما ضرورة، فإذا توزع سقط حصة المعتق لما ذكرنا، ويأخذ بحصة الذى لم يعتق أيهما شاء، فإن شاء أخذ المعتق بالكفالة، وإن شاء أخذ صاحبه بالأصالة. (الزيلي)

بفتح التاء: وهو العبد الذى أعتقه المولى أى العبد الآخر أى لا يرجع على صاحبه
 المعتق رجع على صاحبه، وإن أخذ الآخر لا^(١)، ومن ضمن^(٢)
 الجملة صفة لـ "مالاً" يعنى يلزمه فى الحال الضامن بأن المال حال
 عن عبد مالا يؤاخذ به بعد عتقه، فهو حال، وإن لم يسمه،
 ولو ادعى رقبة العبد، فكفل به رجل، فمات العبد، فبرهن
 المدعى أنه له، ضمن قيمته، ولو ادعى على عبد
 بأن قال: أخذ منى كذا بالغصب أو استهلكه قبل التسليم إلى المدعى
 مالا، وكفل بنفسه رجل، فمات العبد برئ^(٣)

(١) قوله: "لا" لأن المعتق مؤدّ عنه بأمره والآخر مؤدّ عن نفسه، وإنما جازت الكفالة ببدل الكتابة هنا؛ لأنه فى حال البقاء، وأما فى الابتداء، فالمال كله عليه. (البحر)

(٢) قوله: "ومن ضمن" أى لو ضمن أحد عن عبد بمال لا يطالب به إلا بعد عتقه، كما إذا أقر العبد باستهلاك مال، وكذبه المولى، أو أقرضه الإنسان أو باعه، وهو محجور عليه، أو أودعه شيئاً فاستهلكه، أو وطئ امرأة بشبهة بغير إذن المولى □ فإنه لا يؤاخذ به، والحال، فإذا ضمنه إنسان لم يبين أنه حال، ولا غيره كان على الضامن حالاً؛ لأنه حال عليه لوجود السبب، وقبول الذمة، إلا أنه لا يطالب لعسرة، إذ جميع ما فى يده ملك المولى، ولم يرض بتعلقه به، والكفيل غير معسر، فصار كما إذا كفل عن غائب، أو مفلس، بخلاف الدين المؤجل؛ لأنه متأخر بمؤخر، ثم إذا رأى رجع على العبد بعد العتق؛ لأن الطالب لا يرجع عليه إلا بعد العتق، فكذا الكفيل بقامه مقامه، والتقييد بكونه يؤاخذ به بعد عتقه ليفهم منه حكم ما يؤاخذ به للحال بالأولى، كدين الاستهلاك عياناً، أو ما لزمه بالتجارة بإذن المولى، وجعله قيداً احترازاً كما فى الشرح سهو، كما لا يخفى. (البحر وعز)

(٣) قوله: "وبرئ" والفرق أن فى الثانى تكفل عن العبد بتسليم نفسه، فإذا مات العبد وهو المكفول به برئ وهو براءة توجب براءة الكفيل على ما بينا من قبل، ولا يختلف ذلك بين أن يكون المكفول به حراً أو عبداً، وفى الأولى تكفل عن ذى اليد بتسليم رقبة العبد؛ لأن المدعى يدعى غصب العبد على ذى اليد، والكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها جائزة على ما تقدم، فيجب على ذى اليد الرد العين، فإن هلك يجب عليه قيمتها، فكذا على الكفيل، إن أثبت المدعى بالبينة؛ لأن العبد له؛ لأنه يقوم مقام الأصيل، والبينة كاسمها مبينة، فيظهر بهما أن العبد ملكه، بخلاف ما إذا أثبت الملك له بإقرار ذى اليد، أو بنكوله؛ لأن إقرار الأصيل ليس بحجة فى حق الكفيل، فلا يلزمه ما لم يقر هو بنفسه. (الزيلعى)

وفى البحر هذه المسألة الثانية مكررة لأنه قدم فى الكفالة بالنفس أنها تبطل بثبوت المطلوب، وفى هذا لا فرق بين الحر والعبد، ولكن إنما ذكر ههنا لبيان الفرق بينها وبين الأولى.

كما في الخبر
 الكفيل، ولو كفل^(١) عبدٌ عن سيده بأمره فعتق فأداه، أو كفل^{أى أو المال المكفول به}
 سيده عنه، وأداه بعد عتقه لم يرجع واحد على^{أى بعد عتق العبد} ^{جواب المسألتين جميعاً}
 الآخر.

(١) قوله: "ولو كفل" بيان المسألتين الأولى كفالة العبد عن سيده، والثانية عكسه، أما الأولى فشرطه أن لا يكون على العبد دين حتى تصح الكفالة بالمال عن المولى، وإنما صحت لأن الحق فى ماليته لمولاه، وهو يملك أن يجعله بالدين بأن يرضيه، أو يقر بالدين، وإن كان عليه دين مستغرق لم تصح كفالة لحق الغرماء، وإن كان بإذن المولى، وأما الثانية فهي صحيحة على كل حال، وإنما لم يرجع أحدهما على الآخر فيهما لأنها وقعت غير موجبة الرجوع؛ لأن المولى لا يستوجب على عبده ديناً، وكذا العبد على مولاه، فلا تنقلب موجبة أبداً، كمن كفل عن عبده بغير أمره، فأجازه.
 ثم فائدة كفالة المولى عن عبده وجوب مطالبته بإيفاء الدين من سائر أمواله، وفائدة كفالة العبد عن مولاه تعلقه برقبته. (البحر)

هى لغة : النقل ، وشرعاً : ما بينه بقوله : هى نقل . . . إلخ

كتاب^(١) الحوالة

أى لا تصح فى العين

هى^(٢) نقل الدين من ذمة إلى ذمة، وتصح^(٣) فى الدين لا

وهو الدائن وهو الذى يقبل الحوالة يعنى لا يرجع أبداً إلا بالتوى. وهو المدينون

فى العين برضا المحتال والمحتال عليه، وبرئ^(٤) المحيل

بالقبول^(٥) من الدين، ولم يرجع المحتال على المحيل إلا

(١) قوله : "كتاب" أورد ما بعد الكفالة لأنها لا تختص بالدين، ولا تشتمل العين، بخلاف الكفالة (القهستاني) ومناسبة اقترانهما أن فى كل التزاماً . (الطحطاوى)

(٢) قوله : "هى" أى الحوالة نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، وعلى هذا، فإطلاق الحوالة على الحوالة المقيدة كالحوالة على المودع، مجاز؛ لأن الدين لم ينقل إلى ذمة المودع، ثم اعلم أن زياداً الدائن إذا حال عمراً بماله على خالد، فاحتال، أى قبل فزيد محيل، وعمر محال، ويقال : محتال، والمال محال به، وخالد محال عليه، ويقال : عليه . (البحر والكشف)

(٣) قوله : "وتصح" أى من شرائط صحة الحوالة أن تكون فى دين، فلا تصح فى العين، ورضا المحتال، ورضا المحتال عليه، أما الأول فلأن النقل الذى تضمنته نقل شرعى، وهو لا يتصور فى الأعيان، بل المتصور فيها النقل الحسى، فكانت نقل الوصف الشرعى، وهو الدين، فلا بد أن يكون للمحتال دين على المحيل، وأما الثانى فلأن المحتال هو صاحب الحق، وتختلف عليه الذمة، فلا بد من رضاه لاختلاف الناس فى الإبقاء، فمنهم من يماطل مع القدرة، ومنهم من يوفى ناقصاً، ومنهم من هو بالعكس، فلا يلزمه بدون رضاه .

وأما الثالث : فلأن المحال عليه يلزمه المحال، ويختلف عليه الطلب، والناس متفاوتون فيه، فمنهم من يعنف فيه، ويستعجل، ومنهم من يساهل، ويمهل ويسامح، ولم يذكر المصنف المحيل؛ لأن الحوالة تصح بدون رضاه، وإنما يشترط رضاه للرجوع عليه، وليسقط دينه، ونظيرها الكفالة، فإنها تصح بدون رضا المكفول عنه . (الزيلعى)

(٤) قوله : "وبرئ" لأن الأحكام الشرعية تبتنى على وفق المعانى اللغوية، فمعنى الحوالة النقل والتحويل، وهو لا يتحقق إلا بفراغ ذمة الأصيل، بخلاف الكفالة؛ لأنها الضم، وهو لا يتحقق مع البراءة . (البحر)

(٥) أى يقول المحتال الحوالة رد على من يقول : إنه برئ عن المطالبة لا الدين .

ف د أى التوى بأحد الأمرين على المحال عليه بالتوى^(١)، وهو^(٢) أن يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له^(٣) عليه، أو يموت مفلساً^(٤)، فإن طالب المحتال عليه المحيل بما أحوال، فقال المحيل أحلت بدين لى عليك ضمن^(٥) المحيل مثل الدين، وإن قال المحيل للمحتال أحلتك لتقبضه لى، فقال المحتال: لا، بل أحلتنى بدين لى عليك فالقول للمحيل^(٦)، ولو أحوال^(٧) بماله عند زيد وديعة^(٨) صحت، فإن هلكت برئ،

(١) قوله: "إلا بالتوى [بالقصر - ورآن حصى - وبمد هلاك المال والفعل منه بكسر الواو ويعدى بالهمزة] أى إذا تمت الحوالة بشروطها لا يرجع المحتال على المحتال عليه إلا أن يتوى ماله، فيرجع، وقال الشافعي: لا يرجع وإن توى.

لنا ما روى عن عثمان رضى الله عنه موقوفاً ومرفوعاً فى المحتال عليه إذا مات مفلساً يعود الدين إلى ذمة المحيل، وقال: لا توى على مال امرئ مسلم، فلأن المقصود من شرعه الوصول إلى حقه بالاستيفاء من الثانى، لا مجرد الوجوب؛ لأن الذم لا تختلف فى نفس الوجوب، وإنما تختلف بالإيفاء، فهذا هو المعهود بين الناس، والمعهود كالمشروط، فعند فواته يجب الرجوع، ألا ترى أن البيع لما كان فى العرف يراد به سلامة المبيع للمشتري، وسلامة من العيب، فعند فواته بالاستحقاق أو الهلاك قبل القبض أو عند فوات وصف السلامة يرجع المشتري بالعوض لما قلنا. (الكشف مع زيادة)

(٢) قوله: "وهو" وجه الرجوع فيهما أن العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد وهو القوى (بحر بتصرف) وعندهما التوى يتحقق فى غيرهما أيضاً، وهو تفليس القاضى. (عز)

(٣) أى لكل واحد من المحيل والمحتال على المحتال عليه.

(٤) بأن لم يترك مالا ولا ديناً على أحد ولا كفيلاً.

(٥) قوله: "ضمن" لأن سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بأمره إلا أن المحيل يدعى عليه ديناً، وهو ينكر، والقول للمنكر. (البحر)

(٦) قوله: "للمحيل" لأن المحتال يدعى عليه، وهو ينكره، ولفظ الحوالة مستعملة فى الوكالة مجازاً لما فى التوكيل من نقل التصرف من الموكل إلى الوكيل، فيكون القول له مع يمينه. (البحر)

(٧) قوله: "ولو أحوال" أى إذا كان له وديعة دراهم عند شخص فأحوال بها غريمه صحت الحوالة، لأنه أقدر على التسليم، فكانت أولى بالجواز، فإن هلكت برئ؛ لأن الحوالة مقيدة بها إذا لم يلتزم

وكره السفاتج^(١).

التسليم إلا منها، بخلاف ما إذا كانت مقيدة بالمغصوب حيث لا يبرأ به؛ لأنه يخلف القيمة، والفوات إلى خلف كلا فوات، حتى لو هلك المغصوب لا إلى خلف بأن استحق بالبينة صار مثل الوديعة، وقد تكون مقيدة بالدين.

فحاصله أن الحوالة على نوعين، مقيدة ومطلقة، فالمقيدة أن يقيد بها بدين له عليه، أو بعين فى يده وديعة أو غصب أو نحوه، والمطلقة أن يرسل الحوالة ارسالا ولا يقيد بالشىء مما عنده من وديعة، أو غصب، أو دين، أو يحيله على رجل ليس عليه شىء مما ذكرنا، والكل جائز لما رويناه. (الزيلعى)

(٨) بأن أودع عنده ألف درهم مثلا ثم أحال بها على غريمه.

(١) قوله: "السفاتج" جمع سفتجة، قيل: بضم السين وقيل: بفتحها، وأما التاء مفتوحة فيهما فارسى معرب وفسرها بعضهم فقال: هى كتاب صاحب المال لو كي له أن يدفع مالا قرضاً ما من به خطر الطريق، كذا فى "المصباح".

وفى القاموس: السفجة ققرطقة أن يعطى مالا لآخر، وللأخذ مال فى بلد المعطى، فيوفيه إياها، ثم يستفيد أمن الطريق، وفعله السفجة بالفتح... اهـ، وحاصله عندنا قرض استفاد به المقرض أمن خطر الطريق للنهى عن قرض جرّ منفعة، وقيل: إذ لم تكن المنفعة مشروطة فلا بأس به، وفى "البرازية" من كتاب الصرف: ما يقتضى ترجيح الثانى. (البحر)

كتاب^(١) القضاء

أهل^(٢) الشهادة والفاسق^(٣) أهل^(٤) للقضاء كما هو أهل^(٥) للشفاعة، إلا أنه لا ينبغي أن يُقلد، ولو كان القاضي عدلاً
وفسق بأخذ الرشوة^(٦)، لا ينزل^(٧) ويستحق^(٨) العزل، وإذا

(١) قوله: "كتاب" لما كان أكثر المنازعات تقع في الديون والبياعات أعقبهما بما يقطعها، والقضاء: بالمدّ ويقصر لغةً: الحكم، وشرعاً: فصل الخصومات وقطع المنازعات، وقيل غير ذلك، كما بسط في المطولات. (الدر المختار)

(٢) قوله: "أهل" لأن كلا منهما يثبت الولاية على الغير الشاهد يلزم الحاكم أن يحكم بشهادته، والحاكم الخصم لحكمه، فكانا من باب واحد، وليس المراد أن القضاء مبني على الشهادة ليلزم منه بناء القوى على الضعيف، وإنما المراد أنهما يرجعان في شيء واحد، وهو أن يكون حراً مسلماً بالغاً عاقلاً عدلاً؛ لأن حكمه مبني على حكمها، لكن أوصاف الشهادة أشهر عند الناس، فعرف أوصافه بأوصافها، وتماه في "النهاية"، فلا تصح تولية كافر وصبي. (البحر)

(٣) قوله: "والفاسق" أي يصحان - أي الشهادة والقضاء - من الفاسق؛ لأن العدالة فيهما شرط الأولوية؛ لأن السلف أجازوا حكم من تغلب من الأمراء وجزاز، ولو لا صحة لما فعلوا ذلك. وفي "وسيط الغزالي": اجتماع هذه الشرائط من الاجتهاد، والعدالة وغيرهما متعذر في عصر يخلو عن المجتهد والعدل، فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة، وإن كان جاهلاً فاسقاً، لكن ينبغي أنه لا يقلد الفاسق القضاء؛ لأن القضاء من باب الأمانة، والفاسق لا يؤمن في أمر الدين لقلة مبالاة به، كما لا ينبغي قبول شهادته، فإن قبلها نفذ الحكم بها (شرح النقاية والبحر) قال الطائي: ويأثم مقلده - الفاسق - كقابل شهادته وبه يفتى.

(٤) قوله: "الرشوة" في الخانية الرشوة منها ما هو حرام من الجانبين، وذلك في موضعين، أحدهما إذا تقلد القضاء بالرشوة حرم على المعطى، والآخذ الثاني إذا دفع للرشوة إلى القاضي ليقضى له حرم من الجانبين، سواء كان القضاء بحق، أو بغير حق، ومنها ما هو حرام على الآخذ دون الدافع، وهو ما إذا دفع الرشوة خوفاً على نفسه وماله، فهذا حرام على الآخذ غير حرام على الدافع، وكذا إذا طمع في ماله فرشاة ببيع المال، ومنها إذا دفع الرشوة ليسوى أمره عند السلطان، حل له الدفع، ولا يحل للآخذ أن يأخذ. (الطحطاوي)

(٥) في ظاهر المذهب، وعليه مشايخنا، وهو الصحيح وعليه الفتوى.

أخذ القضاء بالرشوة لا يصير^(١) قاضياً، والفاسق
 أى أنه يكون مفتياً أى لا يصلح
 يصلح مفتياً، وقيل: لا^(٢)، ولا ينبغى^(٣) أن يكون^(٤) القاضى فظاً
 غلطاً جباراً عنيداً، وينبغى أن يكون موثقاً به فى عفافه وعقله
 وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة^(٥) والآثار^(٦)، ووجوه^(٧) الفقه
 والاجتهاد^(٨) شرط الأولوية^(٩)، والمفتى^(١٠) ينبغى أن يكون
 وعن الثلاثة شرط الجواز

(٦) أى يجب على السلطان عزله؛ لأن المقلد اعتمد عدالته، فلم يكن راضياً دونها.

(١) قوله: "لا يصير" فلا تصح عقود وفسوخته، وقد لعن عليه الصلاة والسلام: الراشئ والمرثئ والرائش أيضاً، وهو من يمشى بينهما، وتؤخذ الرشوة على يده، وينبغى أن تيشتر قضية هذا الزمان بهذا الوعيد، ولا سيما قضية مصر، ومنهم من يتولى بالرشوة، فإذا عوتب عليه يدعى أنه إنما بذله صيانة للمنصب عن وقوعه فى أبدى الجهال والفساق، والله لا يخفى عليه شئ... اهـ. (الطحطاوى)

(٢) قوله: "لا" وجه الأول أنه يحذر النسبة إلى الخطأ، ووجه الثانى أنه من أمور الدين وخيره غير مقبول فى الديانات، ولم يرجح الشارحون أحدهما، وظاهر ما فى التحرير أنه لا يحل استفتاءه اتفاقاً. (البحر)

(٣) لأن المقصود منه وهو إيصال الحقوق إلى أهلها لا يحصل به.

(٤) قوله: "أن يكون" ويكون شديداً من غير العنف ليناً من غير ضعف؛ لأن القضاء من أهم أمور المسلمين، فكل من كان أعرف وأقدر، وأوجه وأصبر على ما يصيبه من الناس كان أولى، وينبغى للسلطان أن يتفحص فى ذلك، ويولى من هو أولى بقوله عليه الصلاة والسلام: «من قلّد إنساناً عملاً وفى رعيته من هو أولى فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين». (البحر)

(٥) وهى قول النبى ﷺ وفعله.

(٦) التى وردت عن الصحابة والتابعين رضى الله عنهم.

(٧) أى الطريق التى يستنبط الفقه عنها، وللأصول التى تبنى عليها.

(٨) قوله: "الاجتهاد" هو لغة: المجهود، أى الطاقة فى تحصيل ذى كلفة وعرفاً هو ذلك من الفقيه فى تحصيل حكم شرعى ظنى، قال فى التلويح، ومعنى بذل الطاقة أن يحبس من نفسه العجز عن المزيد عليه، وشرط اجتهاد الإسلام والعقل والبلوغ، وكونه فقيه النفس، أى شديد الفهم بالطبع، وعمله باللغة العربية، وكونه حارياً لكتاب الله تعالى بما يتعلق بالأحكام وعالماً بالحديث متناً وسنداً وناسخاً ومنسوخاً بالقياس، وهذه الشرائط إنما هى فى حق المجتهد المطلق الذى يفتى فى جميع

أى موثقاً به فى العفاف. كى لا يكون ذريعة إلى مباشرة الظلم ^{الظلم} أى لا يكره التقليد ^{أى لا يكره التقليد}
 هكذا، وكره التقليد ^(١) لمن خاف الحيف وإن أمنه ^(٢) لا، ولا
 القضاء بلسانه ولا يطلب بقلبه ^{هو الواضع كل شئ فى موضعه} ^{الظالم}
 يسأله ^(٣)، ويجوز ^(٤) تقلد القضاء من السلطان العادل والجائر،
 أى ويجوز أيضاً من... الخ ^{أحدًا لقضاء}
 ومن أهل البغى، فإن ^(٥) تقلد يسأل ديوان قاضي قبله وهو ^(٦)

الأحكام، وأما المجتهد فى حكم دون حكم، فعليه معرفة ما يتعلق بذلك الحكم مثلاً الاجتهاد فى حكم متعلق بالصلاة لا يتوقف على معرفة جميع ما يتعلق بالنكاح، والمراد هنا الاجتهاد بالمعنى الأول. (الطحطاوى)

(٩) قوله: "شرط الأولوية" وهذا عندنا فى الأصح، وهو ظاهر الرواية لا شرط الصحة، لما روى: "أن النبى ﷺ قلده علياً قضاء اليمن حيث لم يبلغ حد الاجتهاد"، فقد روى أبو داود عن على قال: "بعثنى رسول الله ﷺ إلى اليمن قاضياً، فقلت: يا رسول الله! ترسلنى وأنا حديث السن ولا علم بى بالقضاء، فقال: إن الله سيهدى قلبك ويثبت لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان، فلا تقضين حتى تسمع من الآخر، كما سمعت من الأول، فإنه أحرى أن تبين لك القضاء، قال: فما زلت قاضياً أو ما شككت فى قضاء بعد". (شرح النقاية مع زيادة)

(١٠) قوله: "المفتى" وهو عند الأصوليين المجتهد، أما من يحفظ أقوال المجتهد فليس بمفتى، وفتواه ليس بفتوى، بل هو نقل كلام بسطه ابن الهمام. (الدر المختار)

(١١) التقليد بدون ياء، وفسر بقرون تقليد القضاء من السلطان، وهذه العبارة أولى مما وقع فى بعض نسخ "الكنز" من التقليد، أى النصب من السلطان. (محمد إعزاز على غفر له)

(٢) قوله: "وإن أمنه" أى إن أمن الظلم لا يكره التقليد؛ لأن كبار الصحابة رضى الله عنهم والتابعين وعلماءهم تقلدوه، وكفى بهم قدرة. (الزيلعى)

(٣) قوله: "ولا يسأله" لقوله عليه الصلاة والسلام: «من طلب القضاء وكل إلى نفسه ومن أجبر عليه تدل عليه ملك يسدده»، أخرجه أبو داود والترمذى وابن ماجه. (الكشف)

(٤) قوله: "ويجوز [الجواز مقيد بما إذا كان يمكنه من القضاء بالحق، أما إذا لم يمكنه فلا]" لأن الصحابة رضى الله تعالى عنهم تقلدوه من معاوية، والحق كان بيد على رضى الله تعالى عنهما فى نوبته والتابعين تقلدوه من الحجاج، وكان جائراً أفسق أهل زمانه، هكذا قال أصحابنا، وفى "فتح القدير": وهذا تصريح بجوز معاوية، والمراد فى خروجه لا فى أفضيته، ثم إنما يتم إذا ثبت أنه ولى القضاة قبل تسليم الحسن رضى الله عنه له، وأما بعد تسليمه فلا، ويسمى ذلك العام عام الجماعة. (البحر)

(٥) قوله: "فإن" شروع فيما يفعله القاضى إذا تقلده، فإن كان فى البلد ينبغى أن يقرأ المنشور على أهل البلد إن كتب له، وإن قدم من خارج ينبغى أن يقدم يوم الاثنين أو الخميس لابساً عمامة سوداء، وينزل وسط البلد، ويقرأ عليهم منشوره، ولم أره صريحاً الآن، ثم رأيت فى شرح أدب القضاء

بكسر السين والجميم وتشديد اللام من نصب الأوصياء والقيم في الأوقات

الخرائط التي فيها السجلات والمحاضر وغيرهما وينظر^(١) في حال المحبوسين، فمن أقرّ بحقّ أو قامت عليه بيّنته ألزمه^(٢)، وإلا^(٣) ينادى^(٤) عليه، وعمل في الودائع وغلات الوقف بيّنة^{القاضي}

للخصاف، ثم يطلب ديوان القاضي السابق؛ لأنه إنما وضع للحاجة، فيجعل في من له ولاية القضاء؛ لأن القاضي يكتب نسختين أحدهما في يده لاحتمال الحاجة إليها، والأخرى في يد الخصم، وما في يده لا يؤمن عليه والديوان لغة جريدة الحساب، ثم أطلق على الحاسب، ثم أطلق على موضع الحاسب، وهو معرب، والأصل دودان، فأبدلت من إحدى المضعفين ياء بالتخفيف، ولهذا يرد في الجميع إلى أصله، فيقال: دوادين، والمراد هنا ما ذكره بقوله: وهو... إلخ. (البحر بحذف)

(٦) قوله: "وهو" الخرائطة، جمع خريطة مثل كريمة وكرائم، وهي شبه كيس يشرح من أديم، وخرق كذا في "المصباح"، وهذا مجاز؛ لأن الديوان نفس السجلات والمحاضر لا الكيس، كما أفاده مسكين، والسجلات جمع سجل، وهو لغة كتاب القاضي، والمحاضر جمع محضر، وذكر العلامة حضر.

وفي "شرح الدرر والغرر": أن المحضر ما كتب فيه خصومة المتخاصمين عند القاضي، وما جرى بينهما من الإقرار من المدعى عليه، أو الإنكار فيه، والحكم بالبيّنة، أو النكول على وجه يرفع الاشتباه، وكذا السجل، وفي العرف الآن السجل ما كتبه الشاهدان في الواقعة، وبقي عند القاضي، وليس عليه خط القاضي. (البحر بحذف)

(١) أي القاضي الجديد ينظر في حالهم؛ لأنه نصب ناظرًا للمسلمين.

(٢) قوله: "ألزمه" لأن كلا منهما حجة ملزمة، وليس المراد بقوله: ألزمه الحكم عليه، وإنما المراد ألزمه الحبس، كما أشار إليه مسكين، أي أدام حبسه، ويصح أن يراد ألزمه بالحق، وإليه يشير تقريره في "فتح القدير"، والظاهر عنده ما قاله مسكين؛ لأن الثاني لا يطرد في كل إقرار؛ لأن المحبوس إذا أقر بسبب عقوبة خالصة، كالزنا وشرب الخمر، فقال: إني أقررت عند القاضي المعزول أربع مرات في الزنا، ولم يقم الحدّ علىّ، فإن القاضي لا يقيمه عليه؛ لأن ما كان منه في مجلس المعزول بطل، لكن يستقبل المولى الأمر، فإذا أقرّ حده، ثم بعد الحد يتأتى وينادى عليه، ثم يطلقه بكفيل بنفسه. (البحر)

(٣) قوله: "وإلا" أي من لم يثبت عليه شيء أمر منادياً كل يوم في محلة وقت جلوسه من كان يطلب فلان بن فلان المحبوس بحق، فليحضر حتى تجمع بينه وبينه، فإن حضر واحد، وادعى وهو على إنكاره ابتداء الحكم بينهما، ولا يتأتى في ذلك أياماً على حسب ما يرى القاضي، فإن لم يحضر أحد أخذ منه كفيلاً بنفسه على الصحيح اتفاقاً. (البحر)

(٤) أي وإن لم يقر هو بشيء، ولم تقم عليه بيّنة، أو مناد لمن جهة القاضي.

لأن كلا منهما حجة أى إقرار ذى البدء أما غيره فلا يقبل إقراره القاضى
ففى كل من يعترف الذى فى يده القاضى

أو إقرار، ولم يعمل^(١) بقول المعزول إلا^(٢) أن يقر ذو اليد أنه

سلمها إليه، فيقبل قوله فيها، ويقضى^(٣) فى المسجد^(٤) أو^(٥)

داره، ويرد^(٦) هدية إلا من قريبه^(٧)، أو ممن جرت عادته بذلك

(١) قوله: "ولم يعمل" يعنى لو قال من فى يده المال لى، وقال المعزول: إنه مال وقف، أو يتيم لم يقبل قوله لما بينا أنه التحق بواحد من الرعايا، بخلاف القاضى؛ لأنه هو المخصوص بأن يكتفى بقوله فى الإلزام حتى الخليفة الذى قلد القضاء لو أخبر القاضى أنه شهد عنده لما مشهود هكذا لا يقضى به حتى يشهد عنده الخليفة مع آخر، والواحد لا يقبل قوله.

(٢) قوله: "إلا" أى لا يقبل قوله إلا أن يعترف الذى فى يده أن القاضى سلمها إليه، فيقبل قوله فيها؛ لأنه ثبت إقراره أنه مودع القاضى، ويد المودع كيده، فصار كأنه فى يده فيقبل إقراره به. (الزيلعى)

(٣) لأن القضاء عبادة، فيجوز إقامتها فى المسجد كالصلاة.

(٤) قوله: "فى المسجد" وقال الشافعى يكره الجلوس فى المسجد للقضاء؛ لأنه يحضره المشرك، وهو نجس، والخائض وهى ممنوعة عن دخوله، ولنا أن النبى ﷺ قضى فى المسجد الجامع، وكذلك الصحابة والتابعون لما فى "الصحاحين" عن سهل بن سعد فى قصة اللعان: أن رجلاً قال: يا رسول الله ﷺ! رأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً إلى أن قال: فتلاعنا فى المسجد، وأنا شاهد، لما أخرجه الجماعة إلا الترمذى عن كعب بن مالك أنه تقاضى ابن أبى حذر دينا راً كان له عليه فى المسجد، فارتفعت أصواتهما حتى سمعهما رسول الله وهو فى بيته، فخرج إليهما حتى كشف سجف -بفتح السين وكسرهما- الستر حجرته، فنادى يا كعب، قال: يا رسول الله، فأشار بيده أن ضع الشعر من دينك، قال كعب، قد فعلت يا رسول الله، قال: قم فاقضه لى البخارى، ولا عن عمر عند منبر النبى ﷺ.

وقضى شريح والشعبى ويحيى بن يعمر فى المسجد، وقضى مردان على يد زيد بن ثابت باليمن عند المغير، وأخرج ابن سعد فى "الطبقات" عن ربيعة ابن أبى عبد الرحمن أنه رأى أبا بكر بن محمد بن عمرو ابن حزم يقضى فى المسجد عند القبر، وكان على القضاء بالمدينة فى ولاية عمر بن عبد العزيز، وأخرج أيضاً عن سعيد بن مسلم بن فأنك قال: رأيت سعد بن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف يقضى فى المسجد، وكان قد ولى قضاء المدينة، ونجاسة المشرك فى اعتقاده، فلا يمنع من دخوله، والخائض تخير بحالها، فيخرج القاضى إليها، أو تبعث من يفصل بينها وبين خصمها، كما إذا كانت الخصومة فى دابة. (شرح النقاية بتغير)

(٥) قوله: "أو" أى أو يقضى فى داره ويأذن عمومًا؛ لأن العبادة لا تتقيد بمكان، والأولى أن تكون الدار فى وسط البلد كالمسجد. (الدر المختار والطحاوى مع زيادة)

(٦) قوله: "ويرد" أى لا يقبل القاضى هدية أحد إلا من ذى الرحم المحرم، أو ممن جرت عادته

يفتح الدال الضيافة عند جمهور العرب

ودعوة^(١) خاصة، ويشهد^(٢) الجنازة، ويعود المريض
 أي بين الخصمين من حيث الجلوس
 أي لا يكلم سراً
 ويسوى^(٣) بينهما جلوساً وإقبالاً^(٤)، وليتق^(٥) عن مسارة

بإهداء الهدية إليه قبل أن يكون قاضياً، أما الرد فلما رواه البخاري عن أبي حميد الساعدي، قال:
 استعمل النبي ﷺ رجلاً من الأزد، يقال له: ابن اللثية على الصدقة، واسمه عبد الله، فلما قدم قال:
 هذا لكم وهذا أهدي إلى، فقال عليه الصلاة والسلام: هلاّ جلس في بيت أبيه أو بيت أمه فينظر أيهدى
 إليه أم لا.

قال عمر بن عبد العزيز رضى الله عنه كانت الهدية على عهد رسول الله ﷺ هدية، واليوم رشوة
 فتعليله دليل على تحريم الهدية التي سببها الولاية، وأما قبول الهدية من ذى الرحم المحرم، فلصلة الرحم
 وردها قطيعة، وهى حرام، وأما قبولها ممن جرت عادته بذلك، فلأنها ليست لأجل القضاء، وإنما هى
 جرى على العادة، فلا يتوهم فيهما الرشوة حتى لو كان ربما خصومة، أو زاد على العادة يرده؛ لأنه
 لأجل القضاء، والحاصل أن من له خصومة لا يقبلها مطلقاً، ومن لا خصومة له، فإن كان له عادة قبل
 القضاء قبل المعتاد وإلا فلا. (عز)

(٧) أراد به هو ذوالرحم المحرم، أى إلا أن له أن لا يردها من... إلخ.

(١) قوله: "ودعوة" أى ويرد إجابة دعوة خاصة وهى التى يتخذها صاحبها لولا حضور
 القاضى، ولو من محرم ومعتاد؛ لأنها جعلت لأجله، قيل: هى كالهدية. (الدر المختار والبحر)

(٢) قوله: "ويشهد" لأنهما من حقوق المسلمين قال عليه الصلاة والسلام: «للمسلم على المسلم
 ستة حقوق»، رواه مسلم، وعد منها هذين، وإنما يعود بشرط أن لا خصومة له وإلا فلا. (الكشف
 بتغير والبحر)

(٣) قوله: "ويسوى" أى يجب على القاضى التسوية بين الخصمين للحديث إذا ابتلى أحدكم
 بالقضاء فليسو بينهم فى المجلس والنظر والإشارة، ولا يرفع صوته على أحد الخصمين دون الآخر،
 رواه إسحاق بن راهويه، وبمثله، رواه الدارقطني؛ ولأن فى عدم التسوية مكسرة لقلب الآخر،
 فيجلسهما بين يديه، ولا يجلس واحداً عن يمينه، والآخر عن يساره؛ لأن لليمين فضلاً. (البحر)

(٤) أى من حيث الإقبال، فلا يقبل أحدهما دون الآخر.

(٥) قوله: "وليتق" أى وليجتنب عن هذه الأشياء؛ لأن فيها تهمة ومكسرة لقلب الآخر، وأما
 منعه من ضيافة أحدهما، فما رواه الحسن، فقال: جاء رجل، فنزل على رضى الله عنه، فأضافه فلما
 فرغ قال: إني أريد أن أخاصم، قال له: تحول، فإن النبي ﷺ نهانا أن نضيف الخصم إلا ومعه خصمه،
 قيد بضيافة أحدهما؛ لأن له أن يضيفها معاً لما رويناه. (البحر بحذف)

قال العبد الضعيف: لو قال المصنف: وليتق عن المسارة لكان أولى، فإن تقييد المسارة بأحدهما
 يوهم أنه لو سارهما معاً لا بأس به، وفيه نظر ظاهر فإنه لا يخلو عن تهمة درية لكل واحد منهما. (عز)

إلى أحدهما

أحدهما وإشارته وتلقين^(١) حجته وضيافته والمزاح^(٢) وتلقين

الشاهد.

في الحبس
فصل^(٣)

أى امتنع عن الدفع

أمر القاضى المدعى عليه

وإذا ثبت الحق للمدعى أمره بدفع ما عليه فإن أبى

كدين النفقة وأرش الجناية

حبسه^(٤) فى الثمن والقرض والمهر المعجل، وما التزمه

وهو المدعى

المدعى عليه

أى لا يحبس القاضى فى غير ما ذكر

بالكفالة، لا^(٥) فى غيره إن ادعى الفقر إلا أن يثبت غريمه

(١) قوله: "وتلقين" أى ولا يلحق القاضى الشهادة بقوله: أتشهد بكذا وكذا؛ لأن فيه إعانة أحد الخصمين، واستحسنه أبو يوسف فيما لا تهمة فيه؛ لأن الشاهد قد يهاب مجلس القاضى فيحصر، فكان فى تلقين الشاهد إحياء للحق. (شرح النقاية)

(٢) مطلقاً معهما، أو مع أحدهما، أو مع غيرهما فى مجلس الحكم؛ لأنه يذهب بمهابة القاضى.

(٣) قوله: "فصل" اعلم أن الحبس من أحكام القضاء إلا أنه لما اختص بأحكام كثيرة أفردته بفصل على حدة. (الطحطاوى بزيادة)

قال فى "الدر": ويحبس المديون فى كل دين هو بدل مال، أو ملتزم بعقد مثل الثمن، ولو لمنفعة كالأجرة، والقرض ولو لذمى والمهر المعجل، وما لزمه بكفالة، ولو بالدرك أو كفيل الكفيل، وإن كثروا؛ لأنه التزم بعقدة مهر، وهذا هو المعتمد، وزاد القلانسى أنه يحبس أيضاً فى كل عين يقدر على تسليمهما كالعين المغصوبة لا يحبس فى غيره بحذف.

(٤) قوله: "حبسه" لأن الحبس جزاء المماطلة، فلا بد من ظهورها، وهذا إذا ثبت الحق بإقراره، إذ لم يعرف مظهره فى أول الوهلة، فلعله لم يستصحب المال لطعمه فى الإمهال، أما إذا ثبت بالبينة يحبسه، كما ثبت لظهور مظهره بالإنكار. (الكشف)

(٥) قوله: "لا" أى يحبس فى غير ما ذكرنا مما كان بدلا عن مال أو ملتزماً بعقد إن ادعى أنه معسر؛ لأن الأصل فى الأدمى العسرة والمدعى يدعى أمراً عارضاً، وهو الغناء، فلم يقبل منه إلا ببينة، ويدخل تحت الغير تسع صور: بدل الخلع، وبدل عتق نصيب الشريك، وبدل المغصوب، ونفقة الزوجات، ونفقة الأقارب، وأرش الجنايات، وبدل دم العمد، وما تأخر من المهر بعد الدخول وبدل المتلفات. (البحر)

أى بأن له مالا
القاضى
أى عن المحبوس
غناه، فيحبسه بما رأى^(١) ثم^(٢) يسأل عنه، فإن لم يظهر له
أى أطلقه عن الحبس أى ولم يفرق بعد ما أخرجه (س م رأى به) هذا المويون
مال خلاه^(٣) ولم يحل^(٤) بينه وبين غرماءه، ورد^(٥) البينة
م ف د
على إفلاسه قبل حبسه وبينه اليسار أحق^(٦)، وأبد^(٧) حبس
أى لا يحبس الوالد فى... إلخ
الموسر، ويحبس^(٨) الرجل لنفقة زوجته، لا^(٩) فى دين

(١) قوله: "بما رأى [القاضى، فيحبسه حتى يغلب على ظنه أنه لو كان له مال لأظهره، ولم يصبر على مقاساته]" أى لا تقدير لمدة حبسه، وإنما هو مفوض إلى رأى القاضى؛ لأنه للضجر والتسارع القضاء الدين وأحوال الناس فيه متفاوتة، وقدرة فى كتاب الكفالة بشهرين أو ثلاثة، فلو رأى القاضى إطلاقه بعد يوم، فظاهر كلامهم أن له ذلك. (البحر)

(٢) قوله: "ثم" أى القاضى عن المحبوس يسأل بعد ما حبسه قدر ما يراه، فإن قامت بينة على إفساره، أخرجه من الحبس، ولا يحتاج فيه إلى لفظ الشهادة والعدل لواحد يكفى فى هذا، والاثنان أحوط، وكيفيته أن يقول الشاهد أن حاله حال المعسرين فى نفقة وكسوته حالا حقيقة، وقد اختبرنا حاله فى السر والعلانية. (ز)

(٣) قوله: "خلاه" لأن عسرتة ثبتت عنده فاستحق النظرة إلى الميسرة للآتية، فحبسه بعده يكون ظلماً. (البحر)

(٤) قوله: "ولم يحل" أى لا يمنعهم من ملازمة عند الإمام، وقال بالمنع عنها لكونه منظرًا بأنظار الله تعالى، وهى أقوى من أنظار العبد بالتأجيل، ومعه لا ملازمة، وله أنه منظر إلى قدرته على الإيفاء، وهو ممكن كل حين فيلازمونه كيلا يخفيه والدين حال بخلاف الأجل؛ لأنه لا مطالبة له قبل مضيه ولو كان المديون قادرا، فظهر الفرق وبطل القياس. (البحر)

(٥) قوله: "ورد" لأنها بينة نفى فلا تقبل ما لم تتأيد بمؤيد وهو الحبس، وبعده تقبل على سبيل الاحتياط، لا على وجه الوجوب. (البحر)

(٦) قوله: "أحق" يعنى إذا قام المدعى البينة على اليسار، وأقام المدعى عليه على الإعسار كانت بينة اليسار أولى؛ لأن اليسار عارض، والبينة للإثبات. (الزيلعى)

(٧) لأنه جزء الظلم، فإذا امتنع من إفاء الحق مع القدرة عليه خلّده فى الحبس.

(٨) قوله: "ويحبس" لأنه ظالم بالامتناع عن الإنفاق، قيدنا بالامتناع لأنه لا يحبس فى النفقة الماضية؛ لأنهما تسقط بمعنى الزمان، وإن لم تسقط بأن حكم الحاكم بها، أو اصطلاح الزوجان عليها، فلأنها ليست بدل عن مال، ولا لزمته بعقد، كذا ذكر الشارح، ومراده أن النفقة الواجبة المجتمعة داخلة تحت قوله: لا فى غيره، فلا يحبس عليها إن ادعى الفقر إلا أن تثبت المرأة يساره، فإذا ادعت المرأة بنفقة

قيد به لأن للولد الحبس بدين أصله

أى امتنع الأب

أى على ولده

ولـه إـلا^(١) إذا أبى من الإنفاق عليه - والله أعلم -.

أراد به قوله : وقضى المرأة ... إلخ

(٣)

باب^(٢) كتاب القاضي إلى القاضي وغيره

للحاجة إلى إحياء الحقوق كل حق تحته بعض لا يسقط بالشبهة كالدين والنكاح

ويكتب^(٤) القاضي^(٥) إلى القاضي فى غير^(٦) حد

أو كسوة مقررة اجتمعت عليه، وقال : إنى فقير، فالقول له مع يمينه، ولا يحبس إذا حلف، فإن أقامت بيته على يساره وطلبت حبسه، حبسه القاضي . (البحر)

(٩) قوله : " لا " أى لا يحبس أصل فى دين فرعه ؛ لأنه لا يستحق العقوبة بسبب ولده، ولذا القصاص عليه بقتله ولا يقتل مورثه ولا يحد بقذفه، ولا يقذف الميتة . (البحر)

(١) قوله : " إلا " يعنى لا يحبس بسبب الدين إلا إذا امتنع من الإنفاق عليه، فإنه حينئذ يحبس ؛ لأن النفقة لحاجة الوقت، وهو بالمنع قصداً هلاكه، فيحبس لدفع الهلاك عنه، ألا ترى أن له أن يدفعه بقتله إذا شهر عليه السيف، ولم يمكنه دفعه إلا بالقتل ولادين النفقة يسقط بمضى الزمان، فلو لم يحبس عليها تفوت بخلاف سائر المديون ؛ لأنه لا تسقط بمضى الزمان، فلا يخاف فيها الفوات . (الزليلى)

(٢) قوله : " باب " أعلم أن هذا الباب ليس من كتاب القضاء ؛ لأنه إما نقل شهادة أو نقل حكم، وكل ذلك ليس منه، وإنما أوردته فيه فإنه من عمل القضاة، فكان ذكره فيه أنسب . (الزليلى)

(٣) إنما أخره عن الحبس لأنه لما كان لا يتحقق فى الوجود إلا بقاضيين كان مركباً بالنسب إلى ما قبله والبسيط قبل المركب .

(٤) قوله : " ويكتب " وهذا استحسان، والقياس أن لا يجوز ؛ لأن كتابه لا يكون أقوى من عبارته، فلو حضر بنفسه إلى القاضى المكتوب إليه، وعبر بلسانه ما فى الكتاب لم يعمل به، فكتابه أولى ؛ لأن الكتاب قد يزور والخط يشبه الخط، وكذا الخاتم يشبه الخاتم، فكان أكثر احتمالاً من البيعة، وجه الاستحسان ما روى أن علياً كرم الله وجهه أجاز لك حاجة الناس إليه ؛ لأنه قد يتعذر على الإنسان الجمع بين شهوده وخصمه . (الزليلى)

(٥) إذا كان بينهما مسافة ثلاثة أيام على الظاهر، وجوز أبو يوسف إذا كان بحيث لا يعود فى يومه عليه الفتوى . (الطائى)

(٦) قوله : " فى غير " أى ولا يجوز كتاب القاضي إلى القاضي فى الحدود والقصاص ؛ لما فيه من الشبهة بزيادة الاحتمال ؛ ولأن فيه شبهة البدلية، فصار كالشهادة على الشهادة ؛ لأن مبناها على الإسقاط، وفى قبوله : سعى فى إثباتهما . (عز)

وَقَوْدَ، فَإِنْ شَهِدُوا عَلَى خَصْمٍ حَكَمَ بِالشَّهَادَةِ وَكُتِبَ
 بِحُكْمِهِ، وَهُوَ الْمَدْعُو سَجَلًا^(١) وَإِلَّا^(٢) لَمْ يَحْكَمْ، وَكُتِبَ
 الشَّهَادَةُ لِيَحْكُمَ الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ بِهَا، وَهُوَ الْكِتَابُ الْحَكْمِيُّ وَهُوَ
 نَقْلُ^(٣) الشَّهَادَةِ فِي الْحَقِيقَةِ، وَقَرَأَ عَلَيْهِمْ^(٤) وَخَتَمَ^(٥) عِنْدَهُمْ
 وَسَلَّمَ^(٦) إِلَيْهِمْ، فَإِنْ وَصَلَ إِلَى الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ نَظَرَ إِلَى خَتَمِهِ،
 وَلَمْ يَقْبَلْهُ^(٧) بَلَا خَصْمٍ وَشُهُودٍ، فَإِنْ شَهِدُوا أَنَّهُ^(٨) كِتَابُ

(١) قوله: "سجلاً" أى كتاب الحكم يسمى سجلاً، وإنما يكتب حتى لا تنسى الواقعة على طول الزمان، وليكون الكتاب مذكراً لهما، وإلا فلا يحتاج إلى كتابة الحكم؛ لأنه قد تم بحضور الخصم بنفسه، أو من يقوم مقامه إلا إذا قدر أنه غاب بعد الحكم عليه، وجحد، فحينئذ يكتب له ليسلم إليه حقه، أو لينفذ حكمه. (الزيلعي)

(٢) أى إن لم يكن الخصم حاضراً إلا تحكم؛ لأن الحكم على الغائب لا يجوز.

(٣) قوله: "نقل" لأن الكاتب لم يحكم بها، وإنما نقلها للمكتوب إليه ليحكم بها، ولهذا يحكم المكتوب إليه برأيه، وإن كان مخالفاً لرأى الكاتب بخلاف السجل، فإنه ليس له أن يخافه، وينقض حكمه. (البحر)

(٤) ليعرفوا ما فيه؛ لأنه لا شاهد بدون العلم.

(٥) أى على الشهود الذى يشهدهم عليه.

(٦) قوله: "وسلم" لم يذكر العنوان، وهو من شرائطه، وهو أن يكتب فيه اسمه واسم أبيه وجده، وكذا المكتوب إليه، ويكتبه من داخل، فلو كان على الظاهر فيكتفى به، ويكتب فيه اسمه المدعى والمدعى عليه على وجه يقع التمييز بذكر جدهما، ويذكر الحق فيه، ويذكر الشهود إن شاء، وإن شاء اكتفى بذكر شهادتهم. (البحر)

(٧) قوله: "ولم يقبله" أى لا يقرأ إلا بحضوره لا مجرد قبوله، فإنه لا يتعلق به حكم، وهذا لأنه بمنزلة أداء الشهادة، فلا بد من حضوره، بخلاف سماع القاضى الكاتب، فإنه يسمع شهادة شهود المال بلا حضور الخصم؛ لأنه للنقل لا للحكم. (الكشف بتصرف)

(٨) أى أن الكتاب الذى وصل إليه.

فلان القاضي سلمه إلينا في مجلس حكمه، وقرأه علينا

أى ما فى الكتاب

الكتاب

وختمه فتح القاضي، وقرأه على الخصم، وألزمه^(١) ما فيه،

وعزله (ف ك د)

القاضى

المكتوب إلى

ويبطل^(٢) الكتاب بموت^(٣) الكاتب، وعزله وبموت^(٤) المكتوب

القاضى الأول إليه

إليه إلا إذا كتب بعد اسمه^(٥)، وإلى كل من يصل إليه من

لا يبطل الكتاب

قضاة المسلمين لا^(٦) بموت الخصم، وتقضى^(٧) المرأة فى غير حدّ

أى قصاص

وقود.

(١) قوله: "وألزمه" يعنى إذا ثبت عدالتهم عنده بأن كان يعرفهم بالعدالة، أو وجد فى الكتاب عدالتهم، أو سأل من يعرفهم من الثقات، فزكوا وأما قبل ظهور عدالتهم، فلا يحكم به، ولا يلزم الخصم. (البحر)

(٢) قوله: "ويبطل" لأنه بمنزلة الشهادة على الشهادة، فبموت الأصل قبل أداء الفروع الشهادة تبطل شهادة الفروع فكذا هذا. (الطحاوى)

(٣) قبل وصول الكتاب إلى الثانى، أو بعد وصوله قبل القراءة.

(٤) قوله: "وبموت" أى يبطل الكتاب بموت القاضى المكتوب إليه إلا إذا كتب إلى فلان القاضى، وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين، فحينئذ لا يبطل بموت القاضى المكتوب إليه، قيد بقوله: بعد اسمه؛ لأنه لو عمم ابتداء لم يجز أن يحكم به أحد، وأجازه أبو يوسف حين ابتلى بالقضاء، واختاره كثير من المشايخ تسهila للأمر، وفى "الخلاصة": وعليه عمل الناس اليوم. (الزيلعى والبحر)

(٥) أى بعد اسم القاضى المكتوب.

(٦) قوله: "لا" أى لا يبطل الكتاب بموت الخصم؛ لأن وارثه يقوم مقامه، أطلقه فشمّل المدعى والمدعى عليه، وشمّل ما إذا كان تاريخ الكتاب بعد موت المطلوب أو قبله؛ لأن وارث المطلوب والوصى قائم مقامه، كذا فى الخاتمة، قيد بموت الخصم؛ لأن عدم حضرته عند القاضى الكاتب تبطل كتابته، فلا يحكم عليه بشهادة أولئك حتى يشهدوا عنده بحضرة الخصم. (البحر)

(٧) قوله: "وتقضى" أما قضاء المرأة فلأنها من أهل الشهادة فتكون من أهل القضاء، إذ كل منهما من باب الولاية، وقوله ﷺ: لا يفلح قوم ولّوا أمرهم امرأة يدل على نقصان حال ذلك القوم، لا على عدم الجواز توليتها، وأما فى غير حد وقود فلعدم جواز شهادتها فيهما. (محمد إعزاز على غفر له)

أى لا يجوز له الاستخلاف على القضاة الخليفة أى الاستخلاف

ولا يستخلف^(١) قاضٍ إلا أن يفوض إليه ذلك

بخلاف المأمور بالجمعة، وإذا^(٢) رفع إليه حكم

قاضٍ قبله أمضاه إن لم يخالف الكتاب والسنة المشهورة

والإجماع، وينفذ^(٣) القضاء بشهادة الزور في العقود

(١) قوله: "ولا يستخلف" أى ولا يستخلف قاضي قاضياً؛ لأنه قلّد القضاء دون أن يقلّده لغيره؛ ولأن الإمام رضى بقضائه دون غير إلا من فوّض إليه ذلك الاستخلاف، بخلاف المأمور بإقامة الجمعة، فإنه يجوز له الاستخلاف فيها، وإن لم يفوض إليه ذلك؛ لأنه لما فوّض إليه الجمعة مع علمه أن العوارض المانعة من إقامتها قد تعثر به، ولا يمكن انتظار إذن الإمام الأعظم لضيق الوقت كان الإذن بإقامتها إذناً بالاستخلاف فيها دلالة. (شرح النقاية بتصرف ما)

(٢) قوله: "وإذا" أى فإن عرض على قاضي آخر يمضيه، سواء كان على رأيه، أو على خلافه؛ لأن القضاء متى لا فى مجتهد فيه ينفذ، ولا ينفذ باجتهاد آخر؛ لأن اجتهاد الثانى كاجتهاد الأول، وقد ترجح الأول باتصال القضاء به، فلا ينقض بما دونه، وشرطه أن يكون القاضى عالماً باختلاف العلماء حتى لو قضى فى فصل مجتهد فيه، وهو لا يعلم بذلك، لا يجوز قضاءه عند عامتهم، ولا يمضيه الثانى، كذا فى "النهاية" عن "المحيط".

وقال شمس الأئمة: إنه ظاهر الرواية إلا فيما خالف الكتاب أى ظاهره، أو السنة المشهورة، أى ما قاربت المتواترة أو الإجماع، أى اتفاق الأئمة، فإنه لا ينفذ قضاءه، لا تنفيذ قاضٍ آخر له لأن يكون حكماً بلا دليل، فيكون باطلاً، ولا يعود بالتنفيذ صحيحاً فمخالف الكتاب كالحكم بحل متروك التسمية عمداً، ومخالف السنة المشهورة كالحكم بحل المطلقة ثلاثة بمجرد عقد الزوج الثانى، ومخالف الإجماع كالحكم ببطالان قضاء القاضى فى المجتهدات.

والمراد بالإجماع ما ليس فيه خلاف يستند إلى دليل شرعى، والحكم بصحة نكاح المتعة، وبعدم وقوع الطلاق الثلاث جملة وبعدم وقوع الطلاق على حبلى، أو حائض، أو قبل الدخول، وبيع أم الولد من هذا القبيل عند محمد، خلافاً لهما. (شرح نقاية)

(٣) قوله: "وينفذ" اعلم أن هذه المسألة مما زلت فيه الأقدام، وتحيرت الأفهام، فها أنا أشرحها عليك بتوفيق الله تعالى: فاعلم أولاً أن معنى المسألة أن القاضى إذا أقيمت عنده بينة كاذبة على دعوى حكم القاضى بها، يحل التصرف فيما بينه وبين الله تعالى للمدعى فى المدعى به، كما ادعت امرأة على أنه طلقها ثلاثاً، وأقامت على ذلك شهود زور، قضى القاضى بالفرقة، وتزوجت بزواج آخر بعد انقضاء العدة، فعلى قول الإمام لا يحل للزوج الأول وطءها ظاهراً وباطناً، ويحل للزوج الثانى وطءها ظاهراً وباطناً علم بحقيقة الحال أن الزوج الأول لم يطلقها أو لم يعلم.

وثانياً: أن لا خلاف فيما بينهم أن المدعى ارتكب كبيرة، ولم يقل أحد منهم أن فعله هذا لا يؤخذ

والفسوخ ظاهراً وباطناً لا في الأملاك المرسلة، ولا يقضى^{ف س م زك}(١)

به، أو هو مباح، وثالثاً: أن لنفاذ قضاء القاضي ظاهراً أو باطناً شرائط منها: أن يكون المحل قابلاً للحكم، فإن ادعى رجل على امرأة أنها منكوحه، والمرأة ذات زوج، أو معتدة، أو مرتدة، أو محرمة بمصاهرة، أو برضاع، لا ينفذ قضاءها ظاهراً أو باطناً؛ لأن قضاء القاضي في حكم إنشاء العقد، والمحل لا يقبل الإنشاء.

ومنها: أن يكون القاضي غير عالم بزورهم، فلو علم القاضي كذب الشهود لم ينفذ.

ومنها: أن لا يكون القضاء في الأملاك المرسلة، أى المطلقة عن ذكر سبب الملك.

ومنها: حضور الشهود وقت القضاء في صورة الزوج عند عامتهم؛ لأن إنشاء معنى فحكمه حكم حقيقة النكاح، ومن لم يشترطه قال: حكم الحاكم إنشاء مقتضى في ضمن صحة القضاء، والثابت اقتضاء لا تراعى فيه شرائط.

ورابعاً: أن هذا عند الإمام وخالفه فيه أصحابه، ومالك والشافعي وأحمد، وقالوا: لا ينفذ القضاء بالزور إلا ظاهراً، وعليه الفتوى، لهم قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ الآية، فقد نهى الله عن أكل مال الغير بالباطل محتجاً بحكم الحاكم، فهو تنصيص على أنه لا يحل له تناوله، وإن قضى القاضي، ويكون ذلك منه أكلاً بالباطل، وقول رسول الله ﷺ: «أنا بشر وإنكم تختصمون إليّ ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض فأقضى له على نحو ما أسمع منه من قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من نار» متفق عليه.

له أن القضاء لقطع المنازعة والطلاق التصرف، وقد عهد نفوذ القضاء باطناً في الشرع، ألا ترى أن التفريق باللعان ينفذ باطناً مع احتمال كذب الزوج، وعدم الطلاق، وكذا إذا اختلف المتبايعان وتحالفا يفسخ القاضي بينهما البيع، فينفذ الفسخ باطناً، حتى يحل للبائع وطء الجارية والمبيعة، فكذا في باقى الفسوخ والعقود، وعدم النفاذ في الحكم بنكاح منكوحه الغير، أو معتدته لفوات شرط الحكم، لا لزور الشهود، إذ شرط الحكم أن يكون في محل قابل له، وإنما لم ينفذ باطناً في المدعى بلا سبب لأن في أسباب الملك تراحمًا، إذ الملك تارة تثبت بالشراء، وتارة بالإرث وغيره، وليس تعين بعض أولى من بعض، وإثبات الملك مطلقاً من غير سبب ليس في وسع البشر، بخلاف المدعى بسبب معين كالبيع والشراء.

وأيضاً قضاء القاضي في معنى الإنشاء، والإنشاء لا يقضى أن يكون له مخبراً عنه، فقضاء القاضي في معنى إنشاء العقد، ودعوى الملك يقتضى أن يكون له مخبراً عنه، وإيجاد الشيء في الماضي في وسع القاضي.

واحتج أبو حنيفة رحمه الله أيضاً بما رواه محمد أن رجلاً ادعى على امرأة نكاحاً بين يدي على كرم الله وجهه، وأقام شاهدين فقضى على بالنكاح بينهما، فقالت المرأة إن لم يكن بدا أمير المؤمنين فزوجني منه، فإنه لا نكاح بيننا، فقال على: شاهدك زوجك، فقد طلبت منه أن يعفها عن الزنا بأن يعقد النكاح بينهما، فلم يجبها إلى ذلك لو لم ينعقد بقضاءه لما امتنع من تجديده عند طلبها، ورغبة الزوج فيها. (الزيلعي)

فك د
 على غائب إلا أن يحضر من يقوم^(١) مقامه كالوكيل
 بالنصب عطفًا على "يحضر"
 والوصى، أو يكون ما يدعى على الغائب سببًا لما يدعيه على
 دارًا ^{مثلاً}
 الحاضر، كمن ادعى عينا في يد غيره أنه اشتراه من فلان
 أى يستحب له ذلك من طي مؤمن
 الغائب، ويقرض^(٢) القاضي مال اليتيم، ويكتب
 أى لا يقرض الوصى والأب مال اليتيم
 الصك لا الوصى والأب.

(١) قوله: "ولا يقضى [أى لا يصح القضاء على غير خصم حاضر، وكذلك لا يقضى له؛ لأن حضرة الخصم ليتحقق إنكاره شرط الصحة الحكم]" وقال الشافعى: يجوز لوجود الحجة وهى البينة، فظهر الحق، ولقوله عليه الصلاة والسلام: البينة على المدعى واليمين على من أنكر، فاشتراط الحضور زيادة عليه بلا دليل.

ولنا رواية أبو داود وغيره، وصححه وحسنه أنه عليه الصلاة والسلام قال لعلى رضى الله عنه حين استقضاه على اليمن: لا تقض لأحد الخصمين حتى تسمع كلام الآخر؛ ولأن لعل بالشهادة لقطع المنازعة، ولا منازعة دون الإنكار، ولم يوجد؛ ولأنه يحتمل الإقرار والإنكار من الخصم، فيشتبه وجه القضاء؛ لأن أحكامها مختلفة فالجارية المستحقة بالبينة يأخذها المستحق مع ولدها، بخلاف المقر بها. (الكشف مع زيادة)

(١) قوله: "من يقوم" اعلم أن من يقوم مقامه قد يكون بإنابة أو يكون بإنابة الشرع، كالوصى من جهة القاضي، وكلاهما ظاهر، وقد يكون حكماً، وذلك بأن يكون ما يدعيه على الغائب سبباً لما يدعيه على الحاضر، وهو نوعان، أحدهما أن يكون ما يدعيه على الحاضر والغائب شيئاً واحداً، مثل أن يدعي داراً فى يد إنسان، وأنكرها اليد، وادعى المنكر أنها ملكه، وأقام الخارج البينة أنه اشتراها من فلان الغائب، أو ادعى فى دار فى يد إنسان شفعة، لأن ذا اليد اشتراها من فلان، وقال ذو اليد: الدار دارى، ولم أشتريها من أحد، فأقام المدعى البينة أنه اشتراها من فلان الغائب، تقبل بينته، ويثبت الحق على الغائب والحاضر، حتى إذ حضر الغائب لزمه، ولا يحتاج لإعادة البينة، وللثانى أن يكون ما يدعيه عليهما شيئين، مثل أن يدعى القاذف أنه عبد فلان، فيجب عليه أربعون، فأقام المقذوف البينة أن مولاه الغائب قد أعتقه، فيجب عليه ثمانون سوطاً. (الزيلعى)

(٢) قوله: "ويقرض" لأن القاضي يقدر على تحصيله من المستقرض، والوصى والأب لا يقدران على ذلك، فيضمنان بالإقراض لكونه تبرعاً ابتداءً، ويستحب للقاضى الإقراض، ولا يجوز للأب والوصى، وإنما استحب منه لأن القاضى لكثرة اشتغاله لا يمكن أن يباشر الحفظ بنفسه، فلا بد له من الدفع لغيره، والدفع بالقرض أنظر لليتيم لكونه مضموناً، والوديعة أمانة، ولا يقرض إلا من يعرفه بالأمانة والديانة، ويكتب عليه ذلك ليحفظ خوف النسيان بكثرة اشتغاله. (البحر)

باب^(١) التحكيم^(٢)

أي اثنان ^{يعنى جملاً حكماً معلوماً} ^{من المدعى عليه} حكماً رجلاً ليحكم بينهما، فحكم بينة، أو إقرار، أو
^{عن اليمين} نكول في غير حدٍّ وقودٍ ودية على العاقلة ^{حكمه} صح^(٣) لو صلح
^{لأنه بمنزلة القاضي} ^{واحد} ^{بتشديد الكافي وكسر ما} المحكم قاضياً، ولكل من المحكمين أن يرجع^(٤) قبل حكم، فإن
^{لصدور حكم من ولايته عليهما} ^{أي نفذ} حكم لزمهما، وأمضى^(٥) القاضي حكمه إن وافق مذهبه
 وإلا^(٦) أبطله، وبطل^(٧) حكمه لأبويه وولده وزوجته كحكم

(١) أى فى بيان أحكامه، لما كان من فروع القضاء، وكان أحطه رتبة من القضاء آخره.

(٢) قوله: "التحكيم" له معنيان: لغوى واصطلاحى، أما الأول يقال: حكمة الرجل تحكيماً إذا منعته مما أراد، وأما فى الاصطلاح: فهو تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما، وركنه اللفظ الدال عليه مع قبول الآخر، فلو حكماً رجلاً فلم يقبل لا يجوز حكمه إلا بتجديد التحكيم، وشرطه من جهة المحكم بالكسر العقل لا الحرية، فتحكيم المكاتب والعبد المأذون صحيح، ولا يشترط الإسلام فيه، فتحكيم الذمى ذمياً صحيح، ومن جهة المحكم بالفتح صلاحيته للقضاء بكونه أهلاً للشهادة، فلو حكم عبداً لم يصح. (البحر ملخصاً)

(٣) قوله: "صح" أما صحة حكمه إذا حكم المحكم بينة من المدعى، أو إقرار، أو نكول من المدعى عليه، فلأنه حكم موافق للشرع، ولهما ولاية على أنفسهما، وأما عدم صحة حكمه فى حدٍّ وقود، فلأنه لا ولاية لهما على دمهما، ولذا لا يملكان الإباحة، فلا يستباح برضاهما، وأما عدمهما فى الدية على العاقلة فلأنه لا ولاية له عليهما، إذ لا تحكيم من جهتهم. (عز)

(٤) قوله: "أن يرجع" لأن متقلد من جهتهما، فكان لكل منهما عزله، وهو من الأمور الجائزة، فينفرد أحدهما بنقضه كالمضاربة والشركة والوكالة. (البحر)

(٥) قوله: "وأمضى" يعنى إذا رفعاً حكمه إليه، وتحكما عنده نفعه إن وافق مذهبه؛ لأنه لا فائدة فى نقضه، ثم إبرامه، ثم فائدة هذا الإمضاء أن لا يكون لقاض آخر يرى خلافه نقضه إذا رفع إليه؛ لأن إمضاءه بمنزلة قضاءه ابتداء، ولم يمض لنقضه. (الزيلعى)

(٦) قوله: "وإلا" أى إن لم يوافق مذهبه لم يمضه، وهو المراد بإبطاله؛ لأنه حكم لم يصدر عن ولاية عامة، فلم يلزم القاضي إذا خالف رأيه، فظاهر كلامهم أنه يجب إبطاله، أى عدم العمل

لهؤلاء حيث يصح
القاضي بخلاف حكمه عليهم.

مسائل شتى^(١)

لا يتد^(٢) ذو سفل فيه ولا ينقب كوة بلا رضى ذى العلو
زائغة^(٣) مستطيلة تنشعب عنها مثلها غير نافذة لا يفتح

أى صاحب سفلى م بفتح أو الطاقة أى صاحب العلو
حلقه لما قبلها أى طويلة أى تنفرع أى زائغة أخرى طويلة إلى سكة أخرى

بمقتضاه. (البحر)

(٧) قوله: "وبطل" أى إذا حكم المحكم لهؤلاء، أو حكم القاضي لهم يبطل؛ لأنه يتهم بحكمه لهم، وإذا حكم المحكم، أو القاضي على هؤلاء لا يبطل لعدم التهمة (عز)

(١) قوله: "شتى" أى متفرقات من كتاب القضاء جرياً على عادة المؤلفين جمع شتيت، كمرضى جمع مريض من أمر شت أى متفرق. (البحر)

(٢) قوله: "لا يتد [وتد الوند يتده إذا ضربه من باب ضرب، أى لا يدق الوند]" معناه إذا كان لرجل سفلى، وللآخر علو، فليس لصاحب السفلى أن يتد فيه وتداً، ولا ينقب فيه كوة، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله، وقالوا: يصنع فيه ما لا يضره بالعلو، وعلى هذا الخلاف إذا أراد صاحب العلو أن يبنى على العلو بيتاً، أو يضع عليه جذوعاً، أو يحدث كفيئاً، قيل: ما حكى عنهما تفسير لقول أبى حنيفة رحمه الله على معنى أنه لا يمنع إلا ما فيه ضرر مثل ما قالوا، وقيل فيه خلاف حقيقة، وهو أن الأصل عندهما الإباحة؛ لأنه تصرف فى ملكه، وهو مطلق له، والحرمة لعارض، وهو الضرر بلا غير، فما أشكل يبقى على أصل الإباحة، وعنده الأصل وهو الخطر؛ لأنه تصرف فى محل تعلق به حق الغير كالرهن، والعين المستأجرة والإطلاق لعارض، وهو عدم الضرر بيقين، فما أشكل يبقى على أصل الخطر، وهذه الأشياء من الشكل، فظهر فيهما ثمرة الخلاف، ولا خلاف فيما لا إشكال فيه. (الزيلعى)

(٣) قوله: "زائغة [أى سكة من زاغت الشمس إذا مالت]" معناه سكة تطويلة ينشعب عنها سكة أخرى طويلة، وهى غير نافذة، وصورتها هكذا - هنا شكل بالخطوط -: سكة طويلة نافذة، فليس لأهل السكة الأولى أن يفتحوا باباً إلى السكة الأخرى؛ لأن الباب يقصد للمرور، ولا حق لهم فى الدخول فيهما لكونها غير نافذة، وإنما ذلك لأهلها على الخصوص، ألا ترى أنه لو بيعت دار منها كان حق الشفعة لهم، لا لأهل الأولى، فلو مكنوا من فتح الباب لخرجوا منه إليها، إذ لا يمكنهم المنع فى كل ساعة، ويخاف أن يسد بابه الأصل، ويكتفى بالباب المفتوح، ويجعل داره من تلك السكة، فيمنع منه؛ لأنها ملكهم، فلا يشاركون فيها غيرهم، بخلاف ما إذا كانت نافذة؛ لأن الاستطراق حق العامة، وهم من جملتهم، وقيل: لا يمتنعون من فتح الباب؛ لأنه رفع جداره، وهو له أن يتقض كله، فأولى أن يكون له نقض البعض، والصحيح هو الأول لما ذكرنا. (الزيلعى بحذف وزيادة)

أهل الأولى فيه^(١) بابا بخلاف^(٢) المستديرة، ادعى داراً فى يد
رجل أنه وهبها له فى وقت كذا، فسأل البيّنة، فقال:
جحدنيها فاشتريتها، وبرهن على الشراء قبل الوقت الذى
يدعى فيه الهبة لا تقبل^(٣)، وبعده^(٤) تقبل^(٥)، ومن^(٦) قال لآخر:
اشتريت منى هذه الأمة، فأنكر للبائع أن يطأها إن ترك^{الآخر الشراء أى حاز للبائع}
الخصومة، ومن أقر^(٧) بقبض عشرة، ثم ادعى أنها زيوف^{مع الآخر دراهم أو نبرجة}

(١) أى فى الزائغة المتشعبة وتذكر الضمير باعتبار المثل .

(٢) قوله: "بخلاف" معناه لو كانت المشبعة مستديرة فلهم أن يفتحوا؛ لأن لكل منهم حق المرور فى كلها، إذ هى ساحة مشتركة غاية الأمر أن فيها إغوجاً، ولذا الكل يشتركون فى الشفعة إذا بيعت دار فيها، وهذه صورته . (البحر بزيادة)
هنا شكل بالخطوط .

(٣) قوله: "لا تقبل" لظهور التناقض بين الدعوى والشهادة، إذ هو يدعى الشراء بعد الهبة، وهم يشهدون قبلها . (الكشف بتغير)

(٤) أى ولو برهن على الشراء بعد الوقت الذى يدعى فيه الهبة .

(٥) قوله: "تقبل" لوضوح التوفيق، إذ الشراء وجد بعد الوقت الذى يدعى فيه الهبة، فلا يكون متناقضاً، لا يقال: إنه متناقض؛ لأنه إذا ملك شيئاً بالهبة فى وقت لا يمكنه الشراء بعد ذلك الوقت؛ لأننا نقول: لما جحد الهبة ووافقه بترك الدعوى فقد انفسخت الهبة، فإن جميع العقود تنفسخ بالجحود، إذا وافقه صاحبه بالترك غير النكاح، فإنه لا يقبل الفسخ، أى بمجرد تراضيهما، كإقالة البيع بدون سبب عارض، فلا يرد الفسخ بخيار البلوغ والعتق؛ لأنه برضا أحدهما للعارض . (الكشف مع تصرف)

(٦) قوله: "ومن" أى قال رجل لآخر: اشتريت منى هذه الجارية، فأنكر المخاطب الشراء، وترك المدعى الخصومة حل للمدعى وطء الجارية، وكان الظاهر أن لا يجوز لإقراره بما لغير وجه الجواز أن المشتري لما جحد الشراء كان جحوده للبيع فسخاً من جهة، إذ الفسخ رفع العقد من الأصل، وبهذه المشابهة جهل الجحود مجازاً عن الفسخ؛ لما فى التنوير جحود ما عدا النكاح فسخ، فلو جحد أنه تزوجها، ثم ادعاه، وبرهن يقبل برهانه، بخلاف البيع . (المجمع وعز)

(٧) قوله: "ومن أقر" معناه إذا قال: قبضت منه عشرة دراهم، ثم ادعى أنها زيوف، صدق

صَدَّقَ مع يمينه، ومن قال ^(١) لآخر: لك على ألف فرده، ثم صدقه، فلا شيء عليه، ومن ادعى ^(٢) على آخر مالا، فقال: ما كان لك على شيء قط، فبرهن المدعى على ألف، وهو برهن على أنه قضاء. أي على أنه قضاء. أي أو على أنه أبرأه. أي هذه الكلمة للمدعى عليه. أي لا يقبل.

لا، ومن ادعى على آخر أنه باعه أمته، فقال: لم أبعها منك

سواء، قال ذلك موصولا أو مفصولا؛ لأن اسم الدراهم يقع على الزیوف، كما يقع على الجياد والنهرجة فالزیوف. (الزيلي)

(١) وقوله: "ومن قال" يعني إذا أقر لغيره بألف درهم، فرده المقر له بأن قال: ما كان لي عليك شيء، أو قال: بل هو لك، أو لفلان، ثم صدقه، فقال: بل كان لي عليك في مكانه أو بعده، فلا شيء على المقر؛ لأن الإقرار هو الأول، وقد ارتد برد المقر له، والثاني دعوى، فلا بد من الحجة أو تصديق الخصم، بخلاف ما إذا قال: اشتريت، وأنكر حيث يكون له أن يصدقه؛ لأن أخذ المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ، كما لا ينفرد بالعقد؛ لأن العقد حقهما، فبقى على حاله، فعمل فيه التصديق، أما المقر له، فينفرد برد الإقرار فافترقا. (الزيلي)

(٢) قوله: "ومن ادعى" أي ادعى رجل على رجل ألف درهم، فقال المدعى عليه، ما كان لك على شيء قط، فأقام المدعى البينة أن له عليه ألف درهم، وأقام المدعى عليه البينة أنه قضاء، أو أبرأه المدعى بقتل بينة المدعى عليه، وقال زفر: لا تقبل؛ لأن القضاء والإبراء يكون بعد الوجوب، وقد أنكره، فيكون مناقضا.

ولنا أن التوفيق ممكن؛ لأن غير الحق قد يقضى، ويبرأ منه، ألا ترى أنه يقال: قضى بباطل وقد يصلح على شيء، فيثبت ظاهراً، ثم يقضى، ألا ترى أنه لو ادعى القصاص على شخص فأنكر، فأقام المدعى البينة، وأقام المدعى عليه البينة على العفو أو الصلح عنه على مال، تقبل بينته، وكذا لو جرى مثل ذلك في دعوى الرق يقبل، فكذا هذا. (الزيلي)

(٣) برهان المدعى عليه - أي بينته -.

(٤) قوله: "ولو زاد" أي لو زاد هذه الكلمة على ما ذكر، بأن قال: ما كان لك على شيء قط، ولا أعرفك، لا تقبل بينة المدعى عليه على القضاء، أو الإبراء لتعذر التوفيق بين قوليه؛ لأنه لا يكون بين اثنين معاملة من دفع وأخذ وقضاء واقتضاء بلا معرفة أحدهما صاحبه، وذكر القدوري أنه يقبل أيضاً؛ لأن المحتجب من الرجال والمحقة قد يؤدي بالشعب على بابه، فيأمر بعض وكلاءه بإرضاءه بالدفع إليه، ولا يعرفه، فأمكن التوفيق بهذا الطريق. (الزيلي)

المدعى المدعى المشتري دار أودعها عليه أى أن المشتري
 قط، فبرهن على الشراء، فوجد بها عيباً، فبرهن البائع أنه برئ
 إليه من كل عيب، لم تقبل^(١) و^(٢) يبطل^(٣) الصك بأن شاء الله،
 وإن مات ذمى فقالت زوجته أسلمت بعد موته، وقالت الورثة
 أسلمت قبل موته، فالقول لهم^(٤)، وإن قال^(٥) المودع هذا ابن
 مودعى لا وارث له غيره، دفع المال إليه، وإن قال لآخر^(٦):

(١) قوله: "لم تقبل" لأن شرط البراءة تغير للعقد من اقتضاءه وصف السلامة إلى غيره،
 فيستدعى وجود البيع، وقد أنكره، فكان متناقضاً، وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنها تقبل.
 (الكشف)

(٢) هذا الصنف بيت من أبيات المنظومة، وتماهه وإبطلا آخره لا الجملة. (الزيلعى)

(٣) قوله: "ويبطل" أى يبطل مكتوب الشراء والإقرار ونحوهما إذا كتب فى آخره إن شاء الله
 تعالى، فيبطل البيع ونحوه لكون الاستثناء مبطلاً لأطلقه، فشمل ما إذا اشتمل على شيء واحد أو أشياء،
 وفى الثانى الاختلاف قال الإمام: إذا كتب بيع وإقرار وإجازة وغير ذلك، ثم كتب فى آخره إن شاء الله
 تعالى، بطل الكل قياساً أن الكل كشيء واحد بحكم العطف، وبطل الأخير عندهما فقط استحساناً، لا
 تصرف الاستثناء إلى ما يليه؛ لأن الصك للاستيثاق، وكذا الأصل فى الكلام الاستيثاق. (البحر
 بحذف)

(٤) قوله: "لهم" وقال زفر: القول لهما؛ لأن الإسلام حادث، فيضاف إلى أقرب الأوقات،
 ولنا أن سبب الحرمان ثابت فى الحال، فيثبت فى الماضى تحكيماً للحال، كما فى جريان ماء الطاحونة،
 وهذا ظاهر تعتبره للدفع، وهو يعتبره للاستحقاق. (الكشف)

(٥) قوله: "وإن قال" يعنى إذا مات رجل وله مال عند رجل وديعة، فقال له المستودع: هذا ابن
 الميت لا وارث له غيره، فإنه يجب عليه دفع المال إليه لإقراره بأن ما فى يده ملك الوارث خلافة عن
 الميت، فصار كما إذا أقر أنه ملك المورث، وهو حى أصالة، بخلاف ما إذا أقر لرجل أنه وكيل المودع
 بالقبض، أو أنه اشتراه منه، حيث لا يؤمر بالدفع إليه؛ لأن فيه إبطال حق المودع فى العين بإزالتها عن
 يده؛ لأن يد المودع كيد المالك، فلا يقبل إقراره عليه، ولا كذلك بعد موته، بخلاف الدين إذا أقر أنه
 وكيل الطالب بقبض دينه حيث يؤمر بالدفع إليه؛ لأنه إقرار بخالص حقه إذا الديون تقضى بأمثالها،
 فيؤمر بالدفع إليه. (الزيلعى)

(٦) قوله: "وإن قال لآخر" يعنى قال مودع الميت لرجل آخر بعد ما أقر للأول هذا أيضاً ابنه،

وأشار إلى شخص ^{أي الابن الأول} بالمال ^{لا لآخر} أي للابن الأول ^و وهذا ابنه أيضاً، وكذبه الأول، قضى للأول، ميراث قسم بين ^{أي أصحاب المديون} أي لا يؤخر منهم كفيل (س م)
 الغرماء، لا يكفل ^(١) منهم، ولا من وارث ولو ^{أي على ما ادعاه} شخص ^{أي موروثة} ادعى داراً إرثاً لنفسه ولأخ غائب، وبرهن عليه أخذ ^(٢)
 نصف المدعى فقط، ومن قال: مالي أو ما أملك، فهو ^{بفتح العين وهو النصف الذي هو نصيب الحاضر}
 للمساكين صدقة، فهو ^(٣) على مال الزكاة، ولو أوصى بثلاث ^{على صيغة المجهول أي يحمل وصياً}
 ماله فهو على كل شيء، ومن أوصى إليه، ولم يعلم بالوصية،

وكذبه الابن الأول، قضى بالمال للابن الأول؛ لأن إقراره قد صح، والقطع يده عن المال، فيكون هذا إقراراً على الغير، فلا يصح، كما إذا كان الأول ابناً معروفاً لإنسان، ثم أقر بأن القاضى المعزول سلمه إليه، فإنه يضمن للقاضى على ما مر من قبل.
 قلنا: هنا أيضاً يضمن نصيبه إذا دفع إلى المقر له الأول بغير قضاء القاضى. (الزيلعى)

(١) قوله: "لا يكفل" وهذا شيء احتاط به بعض القضاة، وهو ظلم، وهذا عند أبى حنيفة، وقالوا: يأخذ الكفيل منهم، أطلقه فشمل ما إذا ثبت الدين والإرث بالبينة أو بالإقرار، والخلاف فى الأول، ولا خلاف فى أخذه فى الثانى، وهى واردة على إطلاقه، وشمل ما إذا قال الشهود: لا نعلم له وارثاً غيره، وهنا لا يؤخذ الكفيل اتفاقاً، وجه قولهما أن فى التكفيل نظراً للغائب على تقدير وجوده، وله أن وجود آخر موهوم، فلا يؤخر الثابت قطعاً له. (بر)

(٢) قوله: "أخذ" أى أخذ نصيب نفسه، وترك نصيب أخيه الغائب فى يد ذى اليد، وهذا عند الإمام مطلقاً، وفصل الشىخان بين جحود ذى اليد فى أخذ منه، ويجعل فى يد أمين، وإلا ترك فى يده بخيانتة بجحوده، فلا نظر فى ترك فى يده، وله أن الحاضر ليس بخصم عن الغائب فى الاستيفاء، وليس للقاضى التعرض بلا خصم، كما إذا رأى شيئاً فى يد إنسان يعلم أنه لغيره، لا ينتزعه منه بلا خصم، وقد ارتفع جحوده بقضاء القاضى بالكل. (البحر)

(٣) قوله: "فهو" أى قوله هذا يقع على مال الزكاة استحساناً، والقياس التصديق بما يقول، وبه قال زفر؛ لعموم اسم المال، كما فى الوصية، وجه الاستحسان أن إيجاب العبد يعتبر بإيجاب الله تعالى (لأن حملة على العموم يخالف آية: ﴿وَلَا تَبْسُطُهَا كُلَّ الْبَسْطِ﴾) فينصرف إيجابه إلى ما أوجب الشارع فى الصدقة، وأما الوصية فأخت الميراث؛ لأنها خلافته كهى، فلا يختص بمال دون مال. (الكشف والعينى)

فإنه لا ينفذ تصرفه، قيل: علمه بالوكالة
 فهو وصي^(١)، بخلاف الوكيل، ومن^(٢) أعلمه بالوكالة صح
 تصرفه ولا يثبت^(٣) عزله إلا بعدل، أو مستورين كالإخبار
 للسيد^(٤) بجناية عبده، وللشفيع^(٥) والبكر^(٦) والمسلم^(٧) الذي لم

(١) قوله: "وصى" حتى لو باع الوصى شيئاً من التركة قبل العلم بالوصية جاز البيع، ولو باع الوكيل قبل العلم بها لم يجز، والفرق أن الوصية خلافة، فلا تتوقف على العلم، كتصرف الوارث ملكاً وولاية، حتى باع الجد مال ابنه بعد موت الأب من غير بموته جاز، وأما الوكالة فإثبات ولاية التصرف في ملكه لا استخلاف لبقاء ولاية الموكل. (البحر)

(٢) قوله: "ومن" أى إذا وكل رجلاً وهو لا يعلم، فأعلمه واحد من الناس، كان وكيلًا، وجاز تصرفه؛ لأنه معاملة لا إلزام فيه، وإنما هو إطلاق لإطلاقه، فشمّل ما إذا كان المخبر عدلاً أو غير عدل، كبيراً أو صغيراً، فلا يشترط فيه إلا التمييز. (البحر والزيلعي)

(٣) قوله: "ولا يثبت" يعنى لا يثبت عزله عن الوكالة إلا بخبر عدل واحد أو اثنين غير عدل... إلخ، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله، وقالوا رحمهما الله: لا يشترط في المخبر بهذه إلا التمييز؛ لأنها من المعاملات، فصار كالأخبار بالتوكيل على ما بينا.

ولأبى حنيفة رحمه الله أن في هذه الأشياء إلزاماً من وجه، فيشترط فيه أحد شرطى الشهادة، إما العدد أو العدالة، بيان الإلزام أن الوكيل يلزمه العهدة على تقدير أن يتصرف، ولا يلزمه شيء على تقدير عدم التصرف، وكذا الشفيع يلزم سقوط الشفعة على تقدير سكوته، وعلى تقدير الطلب لا يلزمه شيء، وكذا البكر على تقدير السكوت يلزمها النكاح، وعلى تقدير الرد لا يلزمها، وكذا السيد على تقدير التصرف فيه بالعتق وغيره يلزمه الأرش، وعلى تقدير عدم التصرف لا يلزمه، ففي كل موضع يلزمه من كل وجه يشترط فيه العدد والعدالة، كما في المنازعات عند الحكام، وفيما لا يلزمه من كل وجه لا يشترط فيه العدد ولا العدالة، فإذا كان فيه إلزام من وجه دون وجه يشترط فيه أحدهما، وأما المسلم الذي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا، فالأصح أنه يقبل فيه خبر الفاسق حتى تجب عليه الأحكام بخبره؛ لأن المخبر ﷺ لقوله عليه الصلاة والسلام: ألا فليبلغ الحديث، وفي الرسول لا يشترط العدالة. (الزيلعي بحذف)

(٤) قوله: "للسيد" يعنى لو أخبر فاسق للسيد أن عبده جنى خطأ، فباع أو أعتق لا يصير مختاراً للفداء عنده، وعندهما يصير مختاراً. (المجمع)

(٥) قوله: "وللشفيع" يعنى الشفيع إذا سكت بعد ما أخبر فاسق بالبيع لا يكون تاركًا، كالشفعة عنده، وعندهما يكون. (المجمع)

(٦) قوله: "والبكر" يعنى إذا أخبر فاسق البكر البالغ بالنكاح، فسكت لا نصير راضيةً بالنكاح عنده خلافاً لهما. (المجمع)

لرجل أى لأجل ديونهم القاضى أو أمينه

يهاجر^(١)، ولو باع^(٢) القاضى، أو أمينه عبدا للغرماء، وأخذ

أى الثمن عند القاضى أو أمينه ^{كل واحد منهما بالثمن} المال، فضاغ واستحق^(٣) العبد لم يضمن، ويرجع^(٤)

أى المشتري العبد المشتري على الغرماء، وإن أمر^(٥) القاضى الوصى ببيعه

أى لأجل الغرماء العبد أى قبل قبض المشتري العبد من الوصى أى الثمن لهم فاستحق، أو مات قبل القبض، وضاغ المال رجع المشتري

أى الوصى يرجع على الغرماء على الوصى، وهو على الغرماء، ولو قال قاض عدل عالم:

قضيت على هذا بالرجم، أو بالقطع، أو بالضرب، فافعله

وسعك^(٦) فعله، وإن قال قاض عزل لرجل: أخذت منك ألفاً،

(٧) قوله: "والمسلم" أى من أسلم فى دار الحرب، فأخبر بالشرائع لا يؤاخذ عنده خلافاً لهما.

(المجمع)

(١) أسلم فى دار الحرب، ولم يهاجر إلى دار الإسلام.

(٢) قوله: "ولو باع" صورته رجل مات وعليه ألف درهم للغرماء، وترك عبداً، فباع القاضى أو أمينه ذلك العبد لأداء ديون الغرماء، وأخذ ثمنه، فضاغ هذا الثمن عند القاضى أو الأمين، واستحق العبد، وخرج من يد المشتري، لم يضمن القاضى أو أمينه الثمن للمشتري؛ لأن الأمين نائب عن القاضى، كالقاضى عن الإمام، ولا يضمن واحد منهم كيلاً يتقاعده الناس عن قبول هذه الأمانة. (الكشف مع زيادة)

(٣) ونزع من يد المشتري قبل قضاء الدين.

(٤) لأن البيع بطلبهم، فيرجع عليهم إذا تعذر الرجوع على العاقد. (الكشف)

(٥) قوله: "وإن أمر" أى إذا أمر القاضى الوصى ببيع العبد لأرباب الديون، فاستحق العبد، أو مات قبل التسليم إلى المشتري، وضاغ الثمن رجع المشتري على الوصى؛ لأنه عاقد نيابة عن الميت، وإن كان بإقامة القاضى عنه، فصار كما إذا باع بنفسه، ويرجع الوصى على الغرماء؛ لأنه عامل لهم، وإن ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه، قالوا: ويجوز أن يقال: يرجع بالذى غرمها أيضاً؛ لأنه لحقه فى أمر الميت. (الكشف مع زيادة)

(٦) قوله: "وسعك" أى إذا قال قاضى عادل عالماً مخاطباً لزيد مثلاً: إنى قضيت على هذا الرجل، وأشار إلى الرجل بالرجم فى الزنا، أو قال: قضيت عليه بقطع يده فى السرقة، أو قال:

حقاً أى بالألف

ودفعته إلى زيد، قضيت به عليك، فقال الرجل: أخذته

أى بطريق الظلم

أى وكذا يكون القول للقاضى

ظلماً، فالقول للقاضى^(١)، وكذا لو قال: قضيت بقطع

أى وقال: المقتضى عليه بل قطعتها ظلماً.

يدك فى حق إذا كان المقطوع يده، والمأخوذ منه المال مقراً أنه

حالية فى ذلك الوقت

فعله^(٢) وهو قاضٍ.

قضيت عليه بالضرب فى حد، أو تعزير، وقال لزيد: ارجمه بالزنا، أو اقطعه، أو اضربه، وسع لزيد أن يفعل هذه الأفعال بأمر القاضى، ولا يلزم عليه شىء عند الله تعالى؛ لأن طاعة أولى الأمر واجبة بالآية الشريفة، وتصديقه طاعة له.

قيّد بعدالته وعلمه لتتنفى عنه التهمة، فإن كان عدلاً جاهلاً يستفسر فإن أحسن الشرائط وجب تصديقه، وإلا لا، وكذا إن كان فاسقاً إلا أن يغابن الحجة لاحتمال الخطأ أو الخيانة، ولا يمين على القاضى. (البحر ما زيادة)

(١) قوله: "للقاضى" لأنهما لما توافقا أنه فعل ذلك فى قضاءه كان الظاهر شاهداً إذا القاضى لا يقضى بالجور ظاهراً، ولا يمين عليه؛ لأنه ثبت فعله فى قضاءه بالتصادق، ولا يمين على القاضى، وقيّد بإقراره أنه فعله وهو قاضٍ؛ لأن المقطوع يده والمأخوذ ماله لو زعما أنه فعل قبل التقليد، أو بعد العزل، ففيه اختلاف، والأصح أن القول للقاضى؛ لأنه أسند فعله إلى حالة معهودة منافية للضمان، فصار كما إذا قال: طلقت، أو أعتقت، وأنا مجنون وجنونه معهود. (البحر بحذف)

(٢) أى فعل هذا الفعل المال فى المسألة الأولى ويقطع اليد فى الثانية.

هي لغة : خبر قاطع (١) كتاب الشهادة

شرعاً
هي (٢) إخبار عن مشاهدة وعيان لا عن تخمين
بالكسر الظن الشهادة أى أدائها لأن حقها أى فى أبواب الحدود
وحسبان، وتلزم (٣) بطلب المدعى، وسترها فى الحدود
من الإظهار أى الشاهد أى وشرط لبقية لها أى لا يقول أى لإثباته
أحب (٤)، ويقول (٥) فى السرقة: أخذ، لا سرق، وشرط للزنا

(١) أخرها عن القضاء لأنها كالوسيلة وهو المقصود.

(٢) قوله: "هي" صرح الشارح بأن هذا معناها اللغوى، وهو خلاف الظاهر، وإنما هو معناها الشرعى أيضاً، كما أفاده فى إيضاح الاصلاح، وأورد على هذا التعريف الشهادة بالتسامع، فإنها لم تكن عن مشاهدة، وأجاب فى الإيضاح بأن جوازها إنما هو للاستحسان، والتعريفات الشرعية إنما تكون على دفتى القياس، ولكونها إخباراً عن معاناة. (البحر ملخصاً)

(٣) قوله: "وتلزم" أى ويلزم أدائها الشاهد إذا طلبه المدعى، فيحرم كتمانها لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾ فهو نهى عن الكتمان، فيكون أمراً بضده، حيث كان له ضد واحد، وهو أكد من الأمر بأدائها، ولذا أسند الإثم إلى رأس الأعضاء، وهو الآلة التى وقع بها أدائها لما عرف أن إسناد العقل إلى محله أقوى من الإسناد إلى كله، فقوله: أبصرته بعينى أكد من قوله أبصرته. (البحر)

(٤) قوله: "أحب" إن قيل حكم استحباب الستر فى الحدود يخالف ظاهر قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ﴾ فإنه لم يفصل بين قضية دون قضية، قلت: الأخبار الواردة فى الستر بلغت مبلغ الشهرة لتعدد متونها، فصلح مخصصاً لعموم الآية. (عز)

(٥) قوله: "ويقول" أى ويقول الشاهد فى السرقة: أخذ إحياء لحق المسروق له، ولا يقول: سرق محافظة على الستر؛ لأن الشهادة بالمال واجب إن طلب المدعى، والستر فى الحدود أفضل، وفى قوله: أخذ مراعاة الأمرين.

حكى الفخر الرازى فى التفسير أن هارون الرشيد كان مع جماعة الفقهاء، وفيهم أبو يوسف، فادعى رجل على آخر بأنه أخذ ماله من بيته، فأقر بالأخذ، فسأل الفقهاء، فأفتوا بقطع يده، فقال أبو يوسف: لا؛ لأنه لم يقر بالسرقة، وإنما أقر بالأخذ، فادعى المدعى أنه سرق، فأقر بهما، فأفتوا بالقطع، وخالفهم أبو يوسف، فقالوا له: لم قال؟ لأنه لما أقر أولاً بالأخذ وثبت الضمان عليه وسقط القطع، فلا يقبل إقراره بعده بما يسقط الضمان عنه، فعجبوا. (شرح النقاية مع زيادة والبحر)

وهي حد القذف وحد الشرب وحد السرقة

أربعة^(١) رجال ولبقية^(٢) الحدود والقصاص رجلان،
 أي وشرط للولادة... إلخ
 وللولادة^(٣) والبكة وعيوب النساء فيما^(٤) لا يطلع عليه رجل
 ف ك أي وشرط لغيرها... إلخ
 امرأة ولغيرها رجلان^(٥)، أو رجل وامرأتان، وللكل^(٦) لفظ
 على صيغة المجهول أي يسأل القاضي
 الشهادة والعدالة^(٧)، ويسأل^(٨) عن الشهود سرا وعلانيا في
 أي وفي علانية

(١) قوله: "أربعة رجال" فلا يقبل فيه شهادة النساء، لقوله تعالى: ﴿لَوْ لَا جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةٍ شُهَدَاءَ﴾ وقوله: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةٍ﴾ وقوله: ﴿وَاللَّائِي يَأْتِيَنَّ الْفَاحِشَةَ مِنْ نَسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ﴾، والتاء لا يدخل على العدد، وإلا إذا كان معدوده مذكراً.

وأورد أنكم لا تقولون بالمفهوم، فمن أين لكم عدم جواز الأقل؟ فأجاب الزيلعي: بأنه بالإجماع، وأورد المعارضة بين هذه وبين قوله: فاستشهدوا شهيدين الآية، وأجاب في "فتح القدير" بأنها مبسطة، وتلك مانعة والتقديم للمانع، وعن عطاء وحماد لو شهد ثلاثة رجال وامرأتان في الزنا قبله لإطلاق قوله تعالى: ﴿أَرْبَعَةً مِنْكُمْ﴾.

ولنا ما روى ابن أبي شيبة في "مصنفه" عن حفص عن حجاج عن الزهري أنه قال: مضت السنة من رسول الله ﷺ والخليفتين من بعده أنه لا يجوز شهادة النساء في الحدود. (شرح النقاية والبحر)

(٢) قوله: "ولبقية" أي وشرط لها شهادة رجلين لقوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ مع ما رويناه عن الزهري، وقال الحسن البصري: لا يقبل في القتل إلا أربعة كالزنا. (البحر وشرح النقاية)

(٣) قوله: "وللولادة" يعني يشترط لثبوت هذه الأشياء شهادة امرأة، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿ويحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن﴾ وقال الشافعي يشترط الأربع، وهو قول عطاء؛ لأن كل امرأتين مقام رجل واحد، والحجة شهادة رجلين لا رجل واحد، وقال مالك: يشترط اثنتان وهو قول الثوري؛ لأنه لما سقط اعتبار الذكورة بقي العدد معتبراً.

ولنا ما رواه مجاهد وسعيد بن المسيب وابن جبير وعطاء وطاوس عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه، وما روى عبد الرزاق في "مصنفه" عن ابن جريج وعن الزهري أنه قال: مضت السنة أن يجوز الشهادة للنساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيوبهن، ووجه الدلالة أن النساء جمع محلى باللام من غير عهد، فيكون للجنس فيصدق بالأقل، كما في قوله تعالى: ﴿لَا يَحِلُّ لَكَ النَّسَاءُ مِنْ بَعْدِ﴾ فيتناول الأقل. (شرح النقاية والزيلعي)

(٤) قوله: "فيما" بيان للواقع إن أريد بعيوب النساء العيوب المختصة بالنساء، كالرتق والقرن في الفرج، أو احتراز عن نحو القروح، والكسر في ساق الجارية مثلاً إن أريد بها مطلق العيوب القائمة

بالنساء . (الكشف)

(٥) قوله : "رجلان" أى يشترط لغير الحدود والقصاص ، وما لا يطلع عليه الرجال شهادة رجلين ، أو رجل وامرأتين ، سواء كان الحق مالا ، أو غير مال كالنكاح والطلاق والعتاق والوكالة والوصاية ، ونحو ذلك مما ليس بمال ، وقال الشافعى وأحمد ومالك فى رواية لا تقبل شهادة النساء مع الرجال إلا فى الأموال وتوابعها ، كالإجارة والكفالة وشرط الخيار ، وكذا يكفى فى النكاح ونحوه رجل وامرأتان عندنا ، ومنع مالك والشافعى انعقاده بحضرة رجل وامرأتين ، ولنا ما روى أن عمر وعلياً أجازا شهادة النساء مع الرجال فى النكاح والفرقة . (الزيلعى وشرح النقاية)

(٦) قوله : "وللכל" أى يشترط بجميع مراتب الشهادة أربع مراتب على ما بينا لفظة الشهادة والعدالة لكى تقبل حتى لو قال الشاهد : أعلم أو أتيقن لا تقبل شهادة ؛ لأن النصوص نطقت باشتراطه ، إذ الأمر فيها بهذه اللفظة ؛ ولأن فيها زيادة تأكيد ، فإن قوله : أشهد من ألفاظ اليمين ، فالامتناع عن الكذب بهذا اللفظ أشد . (الكشف والزيلعى)

(٧) أى وشرط لكل أيضاً العدالة لأنها هى المعينة للصدق .

(٨) قوله : "ويسأل" أى ويسأل القاضى عن حال الشاهد عند أبى يوسف ومحمد مطلقاً ، أى فى سائر الحقوق والدعاوى ، سواء طعن الخصم أو لم يطعن ، وبه يفتى لكثير الفساد فى هذا الزمان بين العباد ، وهو قول الشافعى وأحمد ، وقال مالك : يجب عليه السؤال إذا شك ، وإن سكوت الخصم إلا أن يقر بعد التهما ؛ لأن القضاء مبنى على الحجة ، وهى شهادة العدول .

وقال أبو حنيفة : يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة فى المسلم ، ولا يسأل عنه حتى يطعن الخصم إلا فى الحدود والقصاص ؛ لأنهما يدرأن بالشبهة ، ويحتاط لإسقاطهما ، فيستشقى فى كل منهما ابتداء من غير طعن من خصم ، رجاء أن يسقط .

ولما روى ابن أبى شيبة فى "مصنفه" عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله ﷺ : «المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدوداً فى قذف» ، وفى نسخة : إلا فى فرية ، ومثله عن عمر رضى الله عنه ، وهذا من صاحب الشرع تعديل أقوى من تعديل المزكى .

وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ؛ لأن أبا حنيفة كان فى القرن الثانى ، وقد شهد رسول الله ﷺ لأهله بالخير والصلاح ، حيث قال : خير القرون قرنى ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ، وأبو يوسف ومحمد كانا بعده ، وقد تغير أحوال الناس ، وكثرت الخيانات ، والكذب فى الشهادات ، كما أخبر عنهم ﷺ أنه يفشوا الكذب فيهم .

وكفى السؤال سراً فى زماننا تحوراً عن الفتنة ، وكيفيته أن يبعث القاضى مع العدل المستورة وهى رقعة بها اسم الشاهد ونسبه ومسجده الذى يصلى فيه ومحلته وسوقه إن كان سوقياً ، يسأل جيرانه وأصدقاءه فمن عرف العدالة يكتب تحت اسمه فى كتاب القاضى أنه عدل جائز الشهادة ، ومن عرفه بالفسق لا يذكر حاله احترازاً عن الهتك ، بل يقول : الله أعلم إلا إذا عدله غيره ، وخاف أن يحكم القاضى بشهادته ، فحينئذ يصرح بحاله ومن لا يعرف حاله يكتب تحت اسمه أنه مستور ، ويرد العدل المستورة إلى القاضى سراً وتزكية العلانية أن يجمع القاضى بين المزكى والشهود فى مجلس القضاء ،

سائر الحقوق وتعديل^(١) الخصم لا يصح، والواحد يكفي^(٢)
 م ف ك د
 للتركية^(٣) والرسالة^(٤) والترجمة^(٥)، وله^(٦) أن يشهد بما سمع،
 من الأفعال ولو بالتعاطي
 أو رأى كالبيع والإقرار وحكم الحاكم والغصب والقتل وإن
 أى على ما صدر من القول أو الفعل
 لم يشهد^(٧) عليه، ولا يشهد^(٨) على شهادة غيره ما لم يشهد

فيسأل المزكى عن الشهود بحضرتهم، وإن كانت التركية في عهد رسول الله ﷺ وأصحابه علانية؛ لأن لا عدل كان لا يتوقى عن الجرح، ولا يخاف من المدعى، ولا من الشهود؛ لأنهم كانوا متقادين للحق، ولا يقابلونه بالأذى، ولو جرحهم ووقع الاكتفاء بتركية السر في زماننا وترك تركية العلانية لأنها بلاء وفتنة، إذ الشهود والمدعى يقابلون الجارح بالأذى والإصرار. (شرح النقاية)

(١) قوله: "وتعديل" أى تركية المدعى عليه الشاهد بقوله: هو عدل غير مقبولة؛ لأن في زعم المدعى وشهوده أن الخصم كاذب في إنكاره، مبطل في إصراره، فلا يصلح معدولا، وموضوع المسألة إذا قال: هم عدول إلا أنهم أخطأوا، أو نسوا، أما إذا قال: صدقوا وهم عدول صدقة، فقد اعترف بالحق. (البحر)

(٢) قوله: "يكفى" وقال محمد: لا بد من اثنين في الكل؛ لأنهما في معنى الشهادة؛ لأن ولاية القضاء تبتنى على ظهور العدالة، وهو بالتركية، فيشترط فيه العدد، كما تشترط العدالة فيه، ولهما أنها ليست في معنى الشهادة، ولذا لا يشترط فيها لفظة الشهاد ولا مجلس القضاء، واشتراط العدد في الشهادة على خلاف القياس، فلا يتعدها. (الكشف)

(٣) أى لتركية الشاهد، أى تركية السر، أما تركية العلانية فشهادة إجماعاً.

(٤) أى المزكى، أراد بها رسول القاضى لا المزكى.

(٥) عن الشاهد، أراد به الترجع عن الشهود.

(٦) قوله: "وله" أى يجوز له إن لم يشهد فى كل ما يتم بنفسه إذا عاين السبب كالبيع إلى آخر ما ذكروا إن لم يشهد عليه، بل يجب عليه إذا ادعى إليه؛ لما تلونا وروينا، وهذا لأنه علم ما هو الموجب بنفسه، وهو الشرط، وقوله: كالبيع مثال لهما؛ فإنه إن عقده بإيجاب وقبول كان من المسموع، وإن بالتعاطى فهو من المريات. (الزيلعى والبحر)

(٧) من الأفعال المبني للمفعول، أى وإن لم يشهده أحد من أصحاب تلك العقود والحقوق والحاكم.

(٨) قوله: "ولا يشهد" لأنها لا تصير حجة إلا بالنقل إلى مجلس القاضى، ولذا لا بد من عدالة الأصول، فلا يملك غيره أن يجعل كلامه حجة بلا أمره، فلا بد من التحميل، وأفاد أنه لو سمعه يشهد

عليه، ولا يعمل^(١) شاهد وقاضٍ وراوٍ بالخط إن لم يتذكروا،
أحد لما تلونه أنفًا
 ولا يشهد بما لم يعاينه إلا^(٢) النسب والموت
بأن فلاناً تزوج فلانة بأن فلاناً تزوج فلانة ودخل بها بأن فلاناً قد تولى القضاء من جهة فلان
 والنكاح والدخول وولاية القاضى وأصل
بأن فلاناً وقف هذه الضبعة مثلاً أى بهذه الأشياء الستة أى بهذه الأشياء
 الوقف^(٣)، فله أن يشهد بها إذا أخبره^(٤) بها من يثق به،

آخر على شهادته لا يسعه أن يشهد؛ لأنه إنما حمل غيره.

وفى "فتح القدير": وهذا الإطلاق يقتضى أنه لو سمعت يشهد فى مجلس القاضى حل له أن يشهد على شهادة؛ لأنها حيثئذ ملزمة... اهـ، وفيه نظر؛ لأنهما لا تكون ملزمة إلا بالقضاء، ولم يوجد. (البحر)

(١) قوله: "ولا يعمل" أى لا يحل للشاهد أن يشهد حتى يتذكر الشهادة، ولا للقاضى إذا وجد فى ديوانه مكتوباً شهادة شهود ولا يحفظ أنهم شهدوا بذلك أو قضية قضاها أن يحكم بتلك الشهادة، ولا أن يمضى تلك القضية ولا للراوى إذا وجد مكتوباً بخطه أو بخط غيره، وهو معروف أنه قرأ على فلان ونحوه أن يروى حتى يتذكر الشهادة أو القضية، أو الرواية، وهذا على إطلاقه قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى، ووجهه قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾ ولقوله عليه الصلاة والسلام: إذا علمت مثل الشمس فاشهد، شرط أن يكون عالماً، ولا يتصور العلم بدون تذكر الواقعة.

وقال محمد رحمه الله: يجوز لكل واحد منهم أن يعمل بالكتاب إن يقن به، وإن لم يتذكر الواقعة توسعة للأمر على الناس.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يجوز للراوى أن يعمل بحكم بالشهادة، وأن يمضى القضاء بذلك، وليس للشاهد أن يشهد برؤية خطه مالم يتذكر الشهادة؛ لأن القاضى لكثرة اشتغاله يعجز عن حفظ كل حادثة، ولهذا يكتب كل حادثة، فلو لم يكتب بما يجده فى قمطره لتعطل أحوال الناس. (الزيلعى بحذف)

(٢) قوله: "إلا" والقياس أن لا تجوز الشهادة بالتسامع فى المسائل المذكورة أيضاً وروينا للاستحسان من هذه الأمور تخصص لمعاينة أصحابها، وهم خواص الناس، وتتعلق بها الأحكام، فلو لم تقبل الشهادة فيها بالتسامع لتعطلت أحكامها، بخلاف البيع ونحوه. (المجمع)

(٣) قوله: "أصل الوقف" احتراز عن شرائطه.

(٤) قوله: "أخبره" يدل على أن لفظة الشهادة ليست بشرط فى الكل، وأما الذى يشهد عند القاضى فلا بد من لفظها. (المجمع)

أى الشاهد أى شىء كان من النقود والعروض والعقار ذكر كان أو أنثى
 ومن فى يده^(١) شىء سوى^(٢) الرقيق لك أن تشهد أنه له،
 وإن^(٣) فسر للقاضى أنه يشهد بالتسامع، أو بمعاينة اليد
 لا تقبل^(٤)، ومن شهد أنه حضر دفن فلان، أو صلى على
 جنازته فهو معاينة، حتى لو فسر للقاضى قبل.
 لموت فلان ذلك أى تفسيره

(١) قوله: "لا" لأن اليد أقصى ما يستدل به على الملك، إذ هى مرجع الدلالة فى الأسباب كلها، فينبغى بهما، وعن أبى يوسف: أنه يشترط مع ذلك أن يقع فى قلبه أنه له، قالوا: ويحتمل أن يكون هذا تفسيراً لإطلاق محمد فى الرواية.

قال فى "فتح القدير": قال الصدر الشهيد: وبه نأخذ، فهو قولهم جميعاً... اهـ، فلو رأى درة فى يد كناس أو كتاباً فى يد جاهل لا يشهد بالملك له بمجرد يده. (البحر)

(٢) قوله: "سوى" استثنى المصنف الرقيق أى العبد والأمة وهو مقيد بما إذا كانا كبيرين؛ لأن لهما يداً على أنفسهما تدفع يد الغير عنهما، فانعدم دليل الملك، وإن كانا صغيرين لا يعبران عن أنفسهما كالمتاع لا يد لهما، فله أن يشهد بالملك لذى اليد. (البحر بحذف)

(٣) قوله: "وإن" أى فسر للقاضى أنه يشهد بالتسامع فى موضع يجوز له الشهادة بالتسامع إذا فسر أنه يشهد له بالملك برؤيته فى يده فى موضع يجوز له الشهادة برؤيته فى يده؛ لأنه قد أقر أنه شهد بغير علم. (الزيلعى وشرح النقاية)

(٤) إلا فى صورة الموت والواقف، فتقبل على الأصح إذا أسند إلى من يثق.

لأنه لم يشهد إلا بما علم ، فوجب قبولها

باب (١) من تقبل (٢) شهادته ومن لا تقبل

كان بصيراً وقت التحمل أولاً ز ف د

ولا تقبل شهادة الأعمى (٣) والمملوك (٤) والصبي إلا (٥) أن

الشهادة يرجع إلى الصبي الشهادة في المملوك أى ولا تقبل أيضاً شهادة المحدود (٦)
يتحملاً في الرق والصغر وأديا بعد الحرية والبلوغ والمحدود (٦)

(١) قوله: "باب" لما فرغ من بيان تسمع فيه الشهادة، وما لا تسمع، شرع في بيان من تسمع منه الشهادة، ومن لا تسمع، وقدم ذلك على هذا لأنه محال الشهادة، والمحال مشروط، والشرط مقدمة على المشروط، كما في "العناية": لكن المشروط هو الشهادة، لا من تسمع منه الشهادة - تأمل - .
(المجمع)

(٢) قوله: "تقبل" المراد من يجب قبول شهادته على القاضي، ومن لا يجب لا من يصح قبولها ومن لا يصح؛ لأن من جملة ما ذكره ممن لا يقبل شهادة الفاسق، وهو لو قضى بشهادته صح . (المجمع)

(٣) قوله: "الأعمى" وقال زفر: يجوز فيما يجري فيه التسامع، وقال أبو يوسف والشافعي: يجوز إن كان بصيراً وقت التحمل، ولأبي حنيفة أن الأداء يفتقر إلى التعيين بالإشارة بين المشهود له والمشهود عليه، ولا يميز الأعمى إلا بالنغمة، وفيه شبهة يمكن التحرز عنهما بجنس الشهود، بخلاف شهادة نحو القابلة على نحو الولادة . (الكشف مع تصرف)

(٤) قوله: "والمملوك والصبي" لأن الشهادة من باب الولاية، ولا ولاية لهذين على أنفسهما، فالأولى أن لا يكون لهما على غيرهما ولاية. (عز)

(٥) قوله: "إلا" لأنهما أهل للتحمل؛ لأن التحمل بالمشاهدة والسماع، ويبقى إلى وقت الأداء بالضبط، وهما لا يتنافيان ذلك، وهما أهل عند الأداء . (المجمع)

(٦) قوله: "والمحدود" وقال مالك والشافعي وأحمد: تقبل لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا﴾، فإن الاستثناء إذا تعقب جملاً بعضها معطوفة على بعض ينصرف إلى الكل، كقول القائل: امرأته طالق وعبدته حر وعليه الحجة إلا أن يدخل الدار، فإن الاستثناء ينصرف إلى جميع ما تقدم.

ولنا: أن قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا﴾ معطوف على قوله: ﴿فَاجْلِدُوهُمْ﴾ والعطف للاشتراك، فيكون رد الشهادة من حد القذف، والحد لا يرتفع بالتوبة، ولا نسلم أن الاستثناء في الآية يعقب جملاً بعضها معطوف على بعض؛ لأنه يعقب جملة وأولئك هم الفاسقون، وهي جملة مستأنفة؛ لأن ما قبلها أمر ونهى، فلم يحسن عطفها عليه، بخلاف المثال، فإن الجمل كلها فيه إنشائية معطوفة، فيتوقف كلها على آخرها حتى إذا وجد المغير تغير الكل، وقال ابن عباس: التوبة فيما بينه وبين الله، فأما نحن فلا نقبل شهادته، وعن إبراهيم وشريح مثله . (شرح النقاية)

وصلى أظهر توبته وكذب نفسه (ف ك)
 فى قذف، وإن تاب إلا أن يحد الكافر فى قذف ثم أسلم^(١)،
 أى لأبيه وأمه^(٢) وأبويه وجدّيه^(٣) وعكسه^(٤) وأحد الزوجين للآخر،
 أى ولا شهادة السيد لعبده^(٥) ولا شهادة الشريك^(٦) لشريكه فيما هو من
 شركتهما، والمخنث^(٧) والنائحة^(٨) والمغنية والعدو^(٩) إن كانت

(١) قوله: "أسلم" يعنى فلو لم تقبل ولو كان محدوداً فى قذف؛ لأن للكافر شهادة، فكان ردها من تمام الحد، وبالإسلام حدثت شهادة أخرى، وليس المراد أنها تقبل بعد إسلامه فى حق المسلمين فقط، قيد بالكافر لأن العبد إذا حد حد القذف ثم عتق حيث ترد شهادته؛ لأنه لا شهادة للعبد أصلاً فى حال رقه، فيتوقف الرد على حدوثها، فإذا حدث كأن رد شهادته بعد العتق من تمام حده. (البحر بحذف)

(٢) قوله: "والولد [أى ولا تقبل أيضاً شهادة الولد... إلخ]" لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تقبل شهادة الوالد لولده ولا الولد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيدته ولا المولى لعبده ولا أجير لمن استأجره»، ولا فرق بين أن يكون على العبد دين أو لم يكن؛ لأن له حقاً فى ماله كيفما كان. (الزيلعى بحذف)

(٣) وجده من جهة أب وجده من جهة أم.

(٤) أى وعكس الحكم المذكور وهو شهادة الأبوين والجد للولد، وارتفاع، وعكسه على أنه مبتدأ محذوف خبره، أى عكس المذكور كالحكم المذكور. (العينى بحذف)

(٥) قوله: "والشريك" أى لم تقبل شهادته لنفسه من وجه لاشتراكهما، قيد بما هو من شركتهما لجوازها بما ليس من شركتهما لانتفاء التهمة. (البحر)

(٦) قوله: "والمخنث" مراده المخنث فى الردى من الأفعال؛ لأنه فاسق، فأما الذى فى كلامه لين، وفى أعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة. (الكشف)

(٧) قوله: "والنائحة" أى لا تقبل شهادة النائحة والمغنية لارتكابهما الحرام، فإنه عليه الصلاة والسلام نهى عن الصوتين الأحمقين: النائحة والمغنية، ولا يتكرر هذا مع قوله: «ولا من يغنى للناس» لأن المراد هنا من جعل التغنى والنوحة مكسبة، وهو يعم الذكر والأنثى، وخص الأنثى للفظ الحديث: «لعن الله النائحات» - هى التى تنوح فى مصيبة غيرها - لأنها ترتكب المحظورات لأجل الطمع فى المال، وتجعله مكسبة، أما التى تنوح فى مصيبتها فلا تسقط عدالتها. (الكشف والمجمع والزيلعى)

(٨) قوله: "والعدو" لأن المعادة لأجل الدنيا حرام، فمن ارتكبها لا يؤمن من التقول عليه، أما إذا كانت العداوة دينية فتقبل شهادته؛ لأنها من التدين، فتدل على قوة دينه وعدالته، وهذا لأن المعادة

أى لا تقبل شهادة المداوم على شرب ما لا يحل شربه
 عداوة دنيوية، ومدمن^(١) الشرب على اللهو، ومن^(٢) يلعب
 وفى بعض النسخ الطنبور، فالمراد المغنى ولو قال: يرتكب كبيرة لكان أولى
 بالطيور، أو يغنى^(٣) للناس، أو يرتكب^(٤) ما يوجب الحد أو
 لأن كشف العورة حرام أى يأخذ القدر الزائد، فالمراد بالأكل الأخذ
 يدخل الحمام بلا إزار، أو يأكل^(٥) الربا، أو يقامر^(٦)

قد تكون واجبة، بأن رأى منكراً فيه شرعاً، ولم يتنبه بتنبيهه، والذي يوضح لك هذا المعنى أن المسلمين
 مجمعون على قبول شهادة المسلم على الكافر والعداوة الدينية قائمة بينهما، فلو كانت مانعة لما قبلت.
 (الزيلعى)

(١) قوله: "ومدمن" شرط الإدمان مع أن نفس شرب نحو الخمر حرام ليظهر بالإدمان أنه
 مرتكب الحرام، فتسقط عدالته، وأما المتهم بالشرب فلا تسقط عدالته، وقول المصنف على اللهو لم
 يظهر لى وجه زيادته؛ لأنه إن قيد الشرب بالحرام يشمل الخمر، ولا يخفى أن اللهو ليس بشرط فى
 الخمر وإن قيد بالحلال لزم إهمال بيان حكم الحرام، وإن أريد به الأعم من الحرام والحلال لزم ما لزم من
 تقييده بالحرام، إلا أن يختار الشق الأول، وقيد اللهو لإخراج التداوى لما فى "الدر المختار"، وإنما قال
 على اللهو ليخرج الشرب للتداوى، فلا يسقط العدالة لشبهة الاختلاف، والاختلاف فى شرب الخمر
 للتداوى متحقق، كما فى شرب غيرها من المحرمات لأجله، فيصلح أن يكون اللهو مخرجاً لشربها
 للتداوى. (كشف)
 وإن شئت زيادة التحقيق، فارجع إلى ما قاله فى "البحر".

(٢) قوله: "ومن" أى لا تقبل شهادة من يلعب بالطيور؛ لأنه يورث غفلة، وهو محمول على ما
 إذا كان يقف على عورات النساء لصعود سطحه لطير طيره، فأما إمساك الحمام فى بيته للاستئناس لا
 يسقطها؛ لأن إمساكها فى البيوت مباح. (البحر)

(٣) قوله: "يغنى" لأنه يجمع الناس على لهو ولعب لا يخلو عادة عن ارتكاب كبيرة بالمجازفة
 والكذب، وقيد به بكونه يغنى للناس أى يسمعهم؛ لأنه لو كان لإسماع نفسه حتى يزيل الوحشة عن
 نفسه من غير أن يسمع غيره لا بأس به، ولا تسقط عدالته فى الصحيح، لما روى أن البراء بن مالك دخل
 عليه أخوه أنس بن مالك وهو يغنى، والبراء بن مالك كان من زهاد الصحابة رضى الله تعالى عنهم،
 وإن أشد شعرا فيه وعظ وحكمة فهو جائز بالاتفاق، وإن كان فيه ذكر امرأة مغنية، فإن كانت ميتة، أو
 كان فيه ذكر امرأة غير مغنية فلا بأس به، وإن كانت معينة وهى حية يكره. (الزيلعى)

(٤) قوله: "يرتكب" أى لا تقبل شهادة من يأتى نوعاً من الكبائر الموجبة للحد لوجود تعاطيه،
 بخلاف اعتقاده، وهذا دليل قلة ديانته، ففعله يجترئ على الشهادة بزوراً. (الزيلعى)

(٥) قوله: "يأكل" لأنه من الكبائر، وشرط فى الأصل أن يكون مشهوراً به، وذلك بالإدمان؛
 لأنه لا يمكن التحرّز عن العقود الفاسدة، وهو ربا، بخلاف أكل مال اليتيم حيث لا يشترط فيه الإدمان؛
 لأن التحرّز عنه ممكن. (الزيلعى)

لعن معروفة، وهو معرب

بالنرد والشطرنج، أو تفوته الصلاة بسببهما، أو
 يبول^(١) أو يأكل على الطريق، أو يظهر سب السلف^(٢)،
 وتقبل^(٣) لأخيه، وعمه وأبويه رضاعاً^(٤)، وأم امرأته وبناتها،
 وزوج بنته، وامرأة ابنه، وأبيه، وأهل الهوى^(٥) إلا الخطأية^(٦)

(٦) قوله: "أو يقامر" لأن كل ذلك من الكبائر، وظاهر تقييده بما ذكر استواء النرد والشطرنج، وليس كذلك، فإن اللعب بالنرد مبطل للعدالة مطلقاً للإجماع على حرمة، بخلاف الشطرنج لأن للاجتهاد فيه مساعاً لقول مالك والشافعي رحمهما الله بإباحته، وهو مروي عن أبي يوسف، والحاصل أن العدالة إنما تسقط بالشطرنج إذا وجد فيه واحد من خمس: القمار، وفوت الصلاة بسببه، وإكثار الحلف عليه، واللعب به على الطريق، كما في "فتح القدير"، أو يذكر عليه فسقاً، كما في "السراج الوهاج"، وإلا فلا، بخلاف النرد فإنه مسقط لها مطلقاً. (البحر ملخصاً)

(١) لأنه تارك للمروءة، فإذا لم يسخ عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب.

(٢) أي الصحابة والتابعين وأبى حنيفة، عدم القبول لظهور فسقه، ولو لثم تقبل، ولو قال المؤلف كغيره: أو يظهر سب مسلم لكان أولى؛ لأن العدالة تسقط بسب مسلم وإن لم يكن من السلف. (البحر)

(٣) لانعدام التهمة؛ لأن الأملاك ومنافعها لمباينة بعضهم ولا بسوطة بعض.

(٤) أي وكذا تقبل لأجل أبويه من حيث الرضاع.

(٥) قوله: "وأهل الهوى" أي أصحاب بدع لا تكفر كجبر وقدر، أي وكذا تقبل شهادة أهل... إلخ" قال في "المغرب": أهل الأهواء من زاغ عن طريقة أهل السنة والجماعة، وكان من أهل القبلة، وإنما قبلت لأن فسقهم من حيث الاعتقاد، وما أوقعه فيه إلا تدنيه، فصار كمن يشرب المثلث، أو يأكل متروك التسمية عامداً مستبيحاً لذلك، بخلاف الفسق من حيث التعاطي - انتهى - وأهل الأهواء ليسوا بطائفة بعينها بل يطلق على كل من خالف السنة بتأويل فاسد. (الطحطاوى بحذف)

(٦) قوله: "الخطأية" صنف من الروافض يرون الشهادة لشيعتهم، ولكل من حلف أنه لحق، فردهم الله عنهم، بل التهمة الكذب" نسبة إلى أبي الخطاب محمد بن وهب الأجدع، وقيل: محمد بن أبي زينب الأسدي الأجدع خرج أبو الخطاب بالكوفة وضارب عيسى بن موسى بن علي بن عبد الله بن عباس، وأظهر الدعوة إلى جعفر، فترأ منه جعفر، ودعا عليه فقتل هو وأصحابه قتله وصلبه عيسى بالكناسة؛ لأنه ادعى أن علياً الإله الأكبر، وجعفر الإله الأصغر - الكناسة بالضم محلة بالكوفة - . (الطحطاوى)

أى وكذا تقبل شهادة ^{الزنا}أختلفا ملة كاليهود والنصارى أى لا تقبل شهادة على... إلخ

والذمى على مثله ^(١) والحربى ^(٢) على مثله ^(٣) لا على

الذمى، ومن ألم ^(٤) بصغيرة إن اجتنب الكبائر، والأقلف ^(٥)

والخصى وولد الزنا والخنثى، والعمال ^(٦) والمعق والمعتق،

(١) قوله: "على مثله" لأنه عليه الصلاة والسلام أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض، قيد بالذمى لأن المرتد لا شهادة له؛ لأنه لا ولاية له، واختلفوا فى شهادة مرتدة على مثله، والأصح عدم قبولها بحال، وقيد بقوله على مثله لأنه لا تقبل على مسلم للآية: ﴿وَكُنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾. (البحر بحذف)

(٢) قوله: "والحربى" أى وتقبل شهادته على مثله لا على الذمى، لأنه لا ولاية له على الذمى، ويستثنى من الحربى على مثله ما إذا كانا من دارين مختلفتين، كالإفرنج والحش لا تقطع الولاية بينهما، ولهذا لا يتوارثان، والدار المختلف باختلاف المتعة والملك. (البحر بحذف)

(٣) أى المستأمن، أما غيره فيسترق، ولا شهادة للعبد.

(٤) قوله: "ومن ألم" أى تقبل شهادة من عصى معصية صغيرة بشرط أن يجتنب الكبائر كلها، وقد أشار هنا إلى العدالة، فإنها شرط قبول الشهادة، وهى الاستقامة، وهى بالإسلام واعتدال العقل، ويعارضه هوى يقبله ويصدّه. (البحر والزليعى)

(٥) قوله: "والأقلف [وهو غير المختون]" أى تقبل شهادة هؤلاء، أما قبول شهادة الأقلف لأن العدالة لا تخل بترك الختان، لكونه سنة عندنا، أطلقه وقيد قاضى خان بأن يتركه خوفاً على نفسه، أما إذا تركه بغير عذر لم تقبل، وقيد فى "الهداية": بأن لا يتركه استخفافاً بالدين، أما إذا تركه استخفافاً لم تقبل شهادته؛ لأنه لم يبق عدلاً.

وأما قبول شهادة الخصى فلأن عمر رضى الله عنه قبل شهادة علقمة الخصى؛ ولأنه قطع عضوه ظلماً، فصار كمقطوع اليد، وأما قبول شهادة ولد الزنا فلأن فسق الأبوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما، وقال مالك: لا تقبل فى الزنا؛ لأنه يجب أن يكون غيره مثله فيهم، قلنا: العدل لا يختار ذلك، ولا يستحبه، والكلام فيه.

وأما قبول شهادة العمال فلأن نفس العمل ليس بفسق إلا إذا كانوا أعاوناً على الظلم، أما قبول شهادة المعتق للمعتق وعكسه لأنه لا تهمة، أما لو كانت ثمة تهمة فلا تقبل.

وفى "الخلاصة": لو شهد عبدان بعد إعتاق مشتربهما إياهما على أن الثمن كان كذا عند اختلاف البائع والمشتري، لا تقبل شهادتهما لأن لهما نفعاً؛ إذ لو لا الشهادة لخالفوا، فينسخ البيع، فيبطل العتق، هذا قد قبل شريح شهادة قنبر - بفتح القاف والباء - لعللى رضى الله عنه وهو عتيقه (عز)

(٦) بضم العين وتشديد الميم جمع عامل، وهم عمال السلاطين الذين يأخذون الحقوق كالخراج والجزية والصدقات عند عامة المشايخ. (العينى)

ولو^(١) شهدا أن أباهما أوصى إليه، والوصى يدعى جاز^(٢)،
 الرجل الوصية لا تقبل بشهادتهما الغائب أى وكل فلاناً
 وإن أنكر لا كما^(٣) لو شهدا أن أباهما وكله بقبض ديونه،
 حالية الوكالة الوكالة
 وادعى الوكيل، أو أنكر، ولا يسمع القاضى الشهادة على
 بالفتح أى فسق فى مجلس القاضى أى لم يفارق مكانه أى أخطأت
 جرح^(٤)، ومن شهد ولم يبرح حتى قال: أوهمت بعض^(٥)
 أى لو كان الشاهد عدلاً وإلا لا
 شهادتى تقبل^(٦) لو عدلاً.

(١) قوله: "ولو" يعنى إذا مات رجل وترك ابنين، فادعيا أن أباهما أوصى إلى رجل، والرجل يدعى الوصية جازت شهادتهما، وإن أنكر الرجل الوصية لا تقبل شهادتهما، كما لا تجوز شهادتهما أن أباهما الغائب قد وكل هذا الرجل بقبض ديونه، سواء ادعى الرجل الوكالة أو أنكر، والقياس عدم القبول فى الوصى أيضاً؛ لكونها شهادة للشاهد لعود المنفعة إليه، وجه الاستحسان أن للقاضى ولاية نصب الوصى إذا كان طالباً، والموت معروف، فيكفى القاضى بهذه الشهادة مؤنة التعيين؛ لأنه يثبت بها شيء، فصار كالقرعة. (الزيلعى والبحر)

(٢) أى شهادة الاثنين، وتذكير الفعل باعتبار المذكور من الشهادة.

(٣) أى كما لا تقبل شهادة الاثنين فى غيبة أبيهما.

(٤) قوله: "جرح" وهو بفتح الجيم لغة من جرحه بلسانه جرحاً عابه، ونقصه ومنه جرحت الشاهد إذا أظهرت فيه ما ترد به شهادته، كذا فى "المصباح"، وفى الاصطلاح إظهار فسق الشاهد، فإن لم يتضمن ذلك إثبات حق الله تعالى، أو للعبد، فهو جرح مجرد، وإن تضمن إثبات حق الله تعالى، أو للعبد فهو غير مجرد، والأول هو المراد من إطلاقه، كما أفصح به فى "الكافى": وهو غير مقبول. مثل أن يشهدوا أن شهود المدعى فسقة أو زناة، وإنما لم تقبل لأن البيئة إنما تقبل على ما يدخل تحت الحكم، وفى وسع القاضى إلزامه، والفسق مما لا يدخل تحت الحكم، وليس فى وسع القاضى إلزامه؛ لأنه يدفعه بالتوبة. (البحر بحذف)

(٥) ذكر زيادة كانت باطنة أو بنسيان ما كان يجب على ذكره.

(٦) قوله: "تقبل" لأنه قد يتلى بالغلط لمهاية مجلس القاضى فوق... إلخ العذر، فيقبل إذا تداركه فى أوانه، وهو عدل أى ثابت العدالة عند القاضى أولاً سال عنه فعدل كذا فى "فتح القدير"، يعنى هو احتراز عن المستور لا عن الفاسق؛ لأن الفاسق لا شهادة له، قيد بقوله: ولم يبرح لأنه لو قام لم يقبل منه ذلك لجواز أنه عزه الخصم بالدنيا، ولم يذكر المؤلف معنى القبول للاختلاف فيه، ففيه يقضى بجميع ما شهد به؛ لأنه صار حقاً للمدعى، فلا يبطل بقوله: أوهمت.

أى فى بيان أحكامه

باب (١) الاختلاف (٢) فى الشهادة

رجله على آخر

بأن كانت فى ألف قرض وشهدوا بألف قرض

الشهادة إن وافقت الدعوى قبلت (٣) وإلا (٤) لا (٥) ادعى

بمعنى ومن غير ذكر سبب (٦)

أى مبرورة أى ادعى داراً شيراً أى مشترأة

داراً إرثاً، أو شراءً، فشهد بملك مطلق لغت (٦)

أى بعكس الحكم المذكور لا تلغى بل تقبل الشهادة

وبعكسه (٧) لا.

وقيل : يقضى بما بقى إن تدارك بنقصان ، وإن كان بزيادة يقضى بها إن ادعاها المدعى ؛ لأن ما حدث بعدها قبل القضاء يجعل كحدوثه عنده . (البحر ملخصاً)

(١) قوله : " باب " تأخير الاختلاف فى الشهادة عن اتفاقها مما يقتضيه الطبع لكون الاتفاق أصلاً ، والاختلاف إنما يعارض الجهل والكذب ، فأخره وضعاً للتناسب . (المجمع)

(٢) قوله : " الاختلاف " يبنى الباب على أصول مقررة ، منها أن الشهادة على حقوق العباد لا تقبل بلا دعوى ، بخلاف حقوقه تعالى ، ومنها أن الشهادة بأكثر من المدعى باطلة ، بخلاف الأقل للاتفاق فيه ، ومنها أن الملك المطلق أزيد من المقيد لثبوته من الأصل ، والملك بالسبب مفتقر على وقت السبب ، ومنها موافقة الشهادتين لفظاً ومعنى ، وموافقة الشهادة الدعوى معنى فقط . (الدر المختار)

(٣) قوله : " قبلت " لأن تقدم الدعوى فى حقوق العباد شرط قبول للشهادة ، فقد وجدت فيما يوافقها ، وانعدمت فيما يخالفها ، وأطلق الموافقة ولم يقيد باللفظ والمعنى ، كما فى الموافقة بين الشاهدين ليفيد عدم الاشتراط ، وأن الموافقة معنى كافية ، فلو ادعى الغصب أو القتل ، فشهد بإقرار المدعى عليه ذلك تقبل ، ولو شهد واحد منهما بالغصب أو القتل والآخر بالإقرار لا تقبل . (البحر)
وأما كون تقدم الدعوى شرطاً فى حقوق العبد فلتوقفها على مطالبتهم ولو بالتوكيل ، بخلاف حقوق الله تعالى لوجوب إقامتها على كل واحد ، فكل أحد خصم ، فكان الدعوى موجودة . (الدر مع زيادة)

(٤) بأن كانت فى ألف قرض وشهدوا بألف ثمن متاع .

(٥) أى وإن لم توافق الشهادة الدعوى لا تقبل الشهادة .

(٦) قوله : " لغت [أى لا تقبل بيته] " لأنهما شهدا بأكثر مما ادعاه المدعى ؛ لأنه ادعى ملكاً حادثاً ، وهما شهدا بملك قديم ، وهما مختلفان ، فإن الملك فى المطلق يثبت من الأصل حتى يستحق المدعى بزوائده ، ولا كذلك فى الملك الحادث ، وترجع الباعة بعضهم على بعض ، فصار غيرين ، والتوفيق متعذر ؛ لأن الحادث لا يتصور أن يصير قديماً ، ولا القديم حادثاً ، فلا تقبل الشهادة . (الزيلعى)

(٧) قوله : " وبعكسه " أى بعكس ما مضى ، وهو ما إذا ادعى ملكاً مطلقاً فشهدا بملك بسبب معين ، لا تكون لغوا بل تقبل الشهادة ؛ لأنهم شهدوا بأقل مما ادعى ، وذلك لا يمنع قبول الشهادة .

أي أحد الشاهدين

س٢

ويعتبر^(١) اتفاق الشاهدين لفظاً ومعنى، فإن شهد أحدهما

أي الشاهد الآخر

لما بيننا

لما بيننا (ف س م)

بألف والآخر بألفين لم تقبل، وإن شهد الآخر بألف وخمس

أي الاثنان

أي الألف وخمس مائة

حالية

مائة والمدعى يدعى ذلك قبلت على الألف، ولو شهدا بألف

(الزيلي)

(١) قوله: "ويعتبر" لأن القضاء لا يجوز إلا بحجة، وهي شهادة المثني فما لم يتفقا فيما شهدا به لا تثبت الحجة مطلقاً، والموافقة المطلقة باللفظ والمعنى، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالوا: الاتفاق في المعنى هو المعتبر لا غير، والمراد بالاتفاق في اللفظ تطابق اللفظين على إعادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن حتى لو ادعى رجل مائة درهم، فشهد شاهد بدرهم وآخر بدرهمين وآخر بثلاثة وآخر بأربعة وآخر بخمسة، لم تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله، لعدم الموافقة لفظاً، وعندهما يقضى بأربعة، وكذا إن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين، لم تقبل عنده، وعندهما تقبل على الألف إذا كان المدعى يدعى الألفين.

وعلى هذا الخلاف المائة والمائتان والطلقة والطلقتان أو الثلاث، لهما: أنهما اتفقا على الأقل، وتفرد أحدهما بالزيادة، فيثبت ما اتفقا عليه لوجود الحجة دون ما تفرد به أحدهما لعدمهما، وذلك ليس باختلاف، ألا ترى أن المدعى لو ادعى الأكثر، وشهدا بالأقل تقبل، ولو كان اختلافاً لما قبلت؛ لأن من شرط القبول توافق البيئة الدعوى، فصار كما إذا شهد أحدهما بالألف والآخر بألف وخمس مائة، والمدعى يدعى الألف والخمس مائة، بخلاف ما إذا ادعى الأقل حيث لا يثبت شيء؛ لأن المدعى كذب من يشهد بالزيادة، وبشهادة الفرد لا يثبت الحق.

ولأبي حنيفة رحمه الله أن اختلاف اللفظ يدل على اختلاف المعنى؛ لأن اللفظ الواحد غير لفظ الاثنان، ولفظ الألف غير لفظ الألفين، ولهذا لا يراد بأحدهما الآخر، ولم يثبت واحد من اللفظين؛ لأنه لم يشهد على كل واحد منهما إلا واحد.

لا يقال: أن الألف موجود في الألفين؛ لأننا نقول: نعم، موجود فيه إذا ثبت الألفان ثبت الألف ضمناً، فإذا لم يثبت المتضمن لا يثبت المتضمن، ألا ترى أنه لو شهد أحدهما أنه قال لامرأته أنت خلية، وشهد الآخر أنه قال: برية، لا يقع شيء، وإن اتفق اللفظان في المعنى لعدم ثبوت واحد منهما، فعلم بذلك أن اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى شرط القبول، بخلاف الدعوى والبيئة لا تشترط اتفاقهما في اللفظ، وبخلاف الألف والخمس مائة؛ لأن الشاهدين اتفقا على الألف لفظاً ومعنى، وتفرد أحدهما بالزيادة على سبيل العطف. والمعطوف غير المعطوف عليه، بخلاف العشرة وخمسة عشرة حيث لا تقبل لأنه مركب كالألفين، إذ ليس بينهما حرف العطف، ولو لم يدع المدعى الأكثر فشهادة من شهد بالأكثر باطلة؛ لأنه كذبه المدعى بالزيادة إلا أن يوفق، فيقول: أصل حقي كان كما قال إلا أنني استوفيت الزائد وأبرأته عنه، فحينئذ تقبل بظهور التوفيق. (الزيلي بحذف)

أى أحد الشاهدين أى قضاء المدعى عليه للمدعى شهادتهما.
وقال أحدهما: قضاها منها خمسمائة تقبل^(١)
 أى أن المدعى عليه وهو المدينون أى الدائن المدعى خمسمائة أى شاهد آخر أى لا تحمل له الشهادة
بألف ولم يسمع أنه قضاها إلا أن يشهد معه آخر، وينبغي^(٢) أن
 وهو خمسمائة أى الاثنان
لا يشهد حتى يُقرّ المدعى بما قبض، ولو شهد^(٣)
 بأن شهد أن فلاناً أقرض فلاناً ألف درهم المستقرض للمقرض
بقرض ألف وشهد أحدهما أنه قضاها جازت
 لتسام الحجة في القرض وعدلها في القضاء أى الاثنان أى فلاناً
الشهادة على القرض، ولو شهدا بأنه قتل زيدا يوم
 شرفها الله تعالى أى أن فلاناً مذكوراً أى التوحيدين
النحر بمكة، وأخبران أنه قتله يوم النحر بمصر، ردتا، فإن
 القاضى أى بإحدى البيّنتين في المسألة المذكورة. أى البيّنة الأخرى أى الاثنان
قضى^(٤) بأحدهما أولاً بطلت الأخرى، ولو شهدا على سرقة

(١) قوله: "تقبل" لأنهما اتفقا على وجوب الألف، فتقبل، وانفرد أحدهما بقضاء النصف، فلا تقبل لعدم كمال النصاب، ولا يكون بقوله قضاها خمس مائة مناقضاً بشهادته بألف؛ لأن قضاء الدين طريقه المقاصة معنا، وأن الدائن يجب عليه ما قبض، فلا ينافي بقاء دينه، فلا يكون كاذباً.
 ولا يقال: أن المدعى كذب شاهده بالقضاء، فينبغي أن لا يقبل كما إذا شهد بألف وخمس مائة، والمدعى يدعى ألفاً، لأننا نقول لم يكذبه فيما شهد له، وإنما كذبه فيما شهد عليه، وذلك لا يقدح كما إذا شهد له اثنان بحق، ثم شهدا عليه بحق الإنسان آخر، فإن شهادتهما له تبطل، وإن كذبهما، فكذا هذا، بخلاف ما استشهد به؛ لأن التكذيب فيه فيما شهد له، فيكون قادحاً. (الزيلعي)

(٢) قوله: "وينبغي" يجب عليه أن لا يشهد بالألف كلها إذا علم أنه قضاها خمس مائة حتى يقر المدعى أنه قبض خمسمائة كي لا يصير معيّنًا على الظلم. (الزيلعي)

(٣) قوله: "ولو شهدا" يعني طائفتين كل واحدة منهما نصاب الشهادة اجتماعاً عند الحاكم وشهدا على نحو ما ذكر، ترد الطائفتان؛ لأن أحدهما كاذبة بيقين، وليست أحدهما بأولى بالقبول من الأخرى. (الزيلعي)

(٤) قوله: "فإن قضى" يعني قضى القاضى بوجوب القصاص لشهادة الطائفة الأولى، ثم شهدت الأخرى، لا تقبل؛ لأن الأولى ترجحت باتصال القضاء بها، فلا تنتقض بالثانية، ونظيره لو كان مع رجل ثوبان: أحدهما نجس، فتحرى وصلى في أحدهما، ثم وقع تحريره على طهارة الآخر، لا تجوز له الصلاة؛ لأن الأول اتصل بحكم الشرع، فلا ينتقض بوقوع التحرى في الآخر. (الزيلعي والبحر)

أى الشاهدان

يد السارق

أى بخلاف الاختلاف في الذم والكورة والأثوثة

بقرة واختلفا فى لونها قطع^(١) بخلاف الذكورة والأثوثةوالغصب^(٢)، ومن شهد لرجل أنه اشترى عبد فلان بألف^{درهم}وشهد الآخر بألف وخمس مائة، بطلت^(٣) الشهادة، وكذا^(٤) أى أنه اشترى بألف أى تبطل الشهادة.

(١) قوله: "قطع" يعنى لو شهد شاهدان على سرقة بقرة، واختلفا فى لون البقرة، بأن قال أحدهما: سرق بقرة بيضاء، وقال الآخر: بقرة سوداء، تقبل شهادتهما، وقطع يده، بخلاف ما إذا قال أحدهما: سرق ذكراً، والآخر قال: أنثى، اختلفا فى لون البقرة فى النصب، حيث لا تقبل شهادتهما فيهما، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى.

وقالا: تقبل شهادتهما فى السرقة أيضاً؛ لأن البقرة البيضاء غير السوداء، فكانا سرقتين مختلفتين، ولم يتم على فعل واحد نصاب الشهادة، فلم يثبت، وصار كاختلافهما فى الذكورة والأثوثة، وكاختلافهما فى اللون فى الغصب، بل أولى؛ لأن الثابت بالغصب ضمان لا يسقط بالشبهات، والثابت بالسرقة حد يسقط بها، فصار نظير اختلافهما فيما لم يكلفا نقله؛ لأن القطع لا يضاف إلى إثبات الوصف، فصار كاختلافهما فى ثياب السارق، ألا ترى أنهما لو سكتا عن بيان اللون جازت شهادتهما، بخلاف بيان القيمة لأن ذلك من نفس الشهادة حتى يعلم أنها تبلغ نصاباً، بخلاف الغصب؛ لأن التحمل فيه بالنهار؛ لأن الغصب يقع بالنهار، وهو يقرب منه غالباً، فلا يشتبه عليه الحال، فتكون على تحقيق وتأمل لتمكنه من ذلك، فلا يشتبه عليه. (الزيلعى بحذف)

(٢) أى وبخلاف الاختلاف فى لون البقرة فى الغصب بأن قال أحدهما: غصب بقرة بيضاء، وقال الآخر: سوداء.

(٣) قوله: "بطلت" لأنهما لم يتفقا على عقد واحد، والشراء بألف غير الشراء بألف وخمس مائة والمقصود إثبات العقد، فإذا اختلف المشهود به، وتعذر الحكم لقصور الحجة عن كمال العدد أطلقه، فشمّل ما إذا كان المدعى يدعى أقل المالين أو أكثرهما، وأشار إلى أن المدعى لو كان هو البائع، واختلف شاهده لم تقبل أيضاً لما ذكرنا. (البحر)

(٤) قوله: "وكذا" يعنى إذا اختلف الشاهدان فى مقدار البدل فيهما، لم تقبل، أطلقهما فشمّل ما إذا كان المدعى وهو العبد وهو ظاهر؛ لأن مقصوده هو العقد وما إذا كان المدعى هو المولى؛ لأن العتق لا يثبت قبل الأداء، فكان المقصود إثبات السبب، كما فى "الهداية".

وقيل: إن كان المدعى هو المولى لا تفيد بيته؛ لأن العقد غير لازم فى حق العبد لتمكنه من الفسخ بالتعجيز، وأطلق الخلع وهو مقيد بما إذا كانت المرأة هى المدعية للخلع؛ لأن مقصودها إثبات السبب دون المال، فلا يثبت مع اختلافهما فيه، كالبيع بخلاف دعوى الدين، فإن المقصود منه المال، وإن كان المدعى هو الزوج، وقع الطلاق بإقراره، فيكون دعوى دين، فيثبت الأقل، وهو ما اتفقا عليه. (البحر)

أو كانت المرأة المدعية وللخلع
 الكتابة والخلع، فأما^(١) النكاح فيصح^(٢) بألف ملك^(٣)
 كلام إضافي مبتدأ
 من الشهود
 أى الشاهدان
 المورث لم يقضَ لوارثه بلا جر إلا أن يشهدا
 أى أو أن يشهد أنها كانت فى يد... إلخ بفتح الدال
 أى أو يشهد أنها كانت فى يد مستعيره
 بملكه، أو يده أو يد^(٤) مودعه ومستعيره وقت الموت، ولو
 هذه الشهادة
 أى باليد للمدعى
 شهدا^(٥) بيد حى مذ شهر ردت، ولو أقر^(٦) المدعى عليه بذلك

(١) قوله: "فأما" أى فى النكاح تقبل الشهادة بألف إذا اختلف الشاهدان فى قدر المهر بأن شهد أحدهما بالنكاح بألف، والآخر بألف وخمس مائة استحساناً، وقالوا: تبطل الشهادة، ولا يقضى بشيء كالبيع؛ لأن المقصود من الجانبين إثبات السبب أى العقد والنكاح بألف، غير النكاح بألف وخمس مائة، وله أن المال فى النكاح تابع، ولهذا يصح بلا تسمية المهر، ومن حكم التابع أن لا يغير الأصل، ألا ترى أنه لا تبطل بنفيه، ولا يفسد بفساده، فكذا لا يختلف باختلافه إذا اتفقا على ما هو الأصل، وهو الملك، ولا الحل، فوجب القضاء به، وإذا وجب بقى المهر مالا مقصوداً، فوجب القضاء بأقل المقدارين. (ط)

(٢) سواء كانت الدعوى من الزوج أو المرأة والمدعى يدعى الأقل أو الأكثر.

(٣) قوله: "ملك" يعنى إذا ثبت شيء أنه ملك المورث بأن ادعى عيناً فى يد إنسان أنها ميراث أبيه، وأقام شاهدين، فشهدا أن هذه كانت لأبيه، لا يقضى حتى يجر الميراث، فيقولان: مات وتركهما ميراثاً له، ويقولان: كانت لأبيه يوم موته أو كانت فى يده أو فى يد من يقوم مقامه من المستعير وغيره. والأصل فيه أن الجر شرط، وهو أن يقول الشاهد: مات وتركهما ميراثاً له، ولكن إذا ثبت ملكه أو يده عند الموت كان جراً؛ لأنه أثبت ملكه، أو أن الانتقال إلى الوارث، فيثبت الانتقال ضرورة، فيكون اثباتاً للانتقال، وكذا إذا أثبت يده عند الموت؛ لأن يده إن كانت يد ملك، فهو على ما بينا، وإن كانت يد أمانة فكذلك الحكم؛ لأن الأيدي فى الأمانات عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان إذا مات مجهلاً لتركه الحفظ، والمضمون يملكه الضامن على ما عرف، فيكون إثبات اليد فى ذلك الوقت إثباتاً للملك، وإثبات يد من يقوم مقامه، كالمودع والمستعير والمستأجر والمرتهن والغاصب، وغيرهم إثبات ليده، فيغنى إثبات الملك وقت الموت عن ذكر الجر، فاكتفى به عنه، وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف: الجر ليس بشرط، بل إذا أثبت الوارث أن العين كانت للمورث يكفى. (الزيلعى)

(٤) أى وأن يشهد أنها كانت فى يده.

(٥) قوله: "ولو شهد" يعنى إذا كانت دار فى يد رجل فادعى آخر أنها له، وأقام بينته أنها كانت فى يده مذ شهر، لا تقبل لقيامها مجهول لتنوع يد الحى، وذلك أنه يحتمل أنها كانت يد ملك، أو ودیعة، أو إجارة، أو غصب، فلا يحكم بإعادتها. (عز)

أى أن المدعى به منذ شهر
أو شهد شاهدان أنه أقر أنه كان فى يد المدعى دفع إلى المدعى .

لا يخفى حسن تأخير شهادة الفروع عن الأصول

باب الشهادة على الشهادة

أى فى المواضع التى لا... إلخ احتراز به عن الحدود والقصاص

تقبل^(١) فيما لا يسقط بالشبهة إن شهد رجلان على

خلافًا لمالك ولنا ما روينا

شهادة شاهدين^(٢)، ولا تقبل شهادة واحد على^(٣) شهادة

واحد، والإشهاد أن يقول: أشهد على شهادتى أنى أشهد^(٤) أن

فلانًا أقرّ عندى بكذا، وأداء الفرع أن يقول: أشهد أن فلانًا

(٦) قوله: "ولو أقرّ" أى وأقر المدعى عليه باليد للمدعى أو شهد شاهدان بأنه أقر باليد للمدعى منذ أشهر، دفع ذلك إلى المدعى؛ لأن الإقرار معلوم، فتصح الشهادة به، وجهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار، ألا ترى أنه لو قال لفلان على شىء صح، ويجب عليه البيان، ولا تصح الشهادة به. (الزيلعى)

(١) قوله: "تقبل" أى يقبل أداء الفروع فى حق لا تسقطه الشبهة استحسانًا لشدة الحاجة إليها، إذ شاهد الأصل قد يعجز عن أداء الشهادة لبعض العوارض، فلو لم تجز الشهادة على شهادة أدى إلى إتواء الحقوق، ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة، وإن كثرت إلا أن فيها شبهة من حيث البدلية، أو من حيث إن فيها زيادة الاحتمال، وقد أمكن الاحتراز عنه بجنس الشهود، فلا تقبل فيما يندرى بالشبهات كالحدود والقصاص. (البحر)

(٢) أى بشرط أن يشهد شاهدان على شهادة كل واحد من الأصلين.

(٣) قوله: "على" أى تجوز الشهادة على الشهادة بشرط أن يشهد الشاهدان على شهادة كل واحد من الأصلين، ويجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين. وقال الشافعى: لا يجوز إلا الأربع على كل أصل اثنان؛ لأن كل شاهدين قائمان مقام شاهد واحد، فصار كالمرأيتين.

ولنا إطلاق قول على رضى الله عنه لا يجوز على شهادة رجل إلا شهادة رجلين، ولأن نقل شهادة الأصل من الحقوق، فلما شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر فتقبل. (الكشف)

(٤) قوله: "أشهد" لأنه لا بد من ذكر شهادة، وذكره شهادة الأصل، وذكره التحميل، ولم يشترط بعض العلماء ذكر التحميل، ولهما لفظ أطول من هذا وأقصر، وخير الأمور أوسطها. (الكشف)

أشهدني على شهادته أن فلاناً أقرّ عنده بكذا وقال لي: اشهد

لأن جوازها عند الحاجة، وإنما تمس عند عجز الأصل.

على شهادتي بذلك، ولا شهادة للفرع بلا موت أصله، أو

مرضه^(١)، أو سفره، فإن^(٢) عدلهم الفروع صح وإلا^(٣) عدلوا،

وتبطل^(٤) شهادة الفرع بإنكار^(٥) الأصل^(٦) الشهادة، ولو شهدا

أي على فاطمة بنت علي مثلاً. أي المصرية مثلاً.

على شهادة رجلين علي فلانة بنت فلان الفلانية بألف^(٧)

أي الشاهدان الفرعان أي الأصلين بالنسب وبالوجه المدعى وهو المقر له

وقالاً: أخبرانا^(٨) أنهما يعرفانها، فجاء بامرأة.

أي الشاهدان الفرعان أي لم نعلم أي التي جاء بها المدعى وهو المقر له أي أحضر

وقالاً: لم ندر أهى هـذه أم لا، قيل^(٩) للمدعى هات

(١) بما لا يستطيع الحضور معه إلى مجلس الحكم.

(٢) قوله: "فإنه" أي إن قال شهود الفرع: إن شهود الأصل عدول قبل تعديلهم؛ لأنهم من

أهله. (عز)

(٣) قوله: "ولا [أي وإن لم يعدلهم الفروع]" أي إن لم يعدلهم الفروع ولم يعرفهم القاضى

بالعدالة سأل عنهم، وهذا عند أبي يوسف، وقال محمد: لا تقبل لأنه لاشهادة إلا بالعدالة، فإذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة، فلا تقبل، ولأبي يوسف أن الواجب عليهم النقل دون التعديل؛ لأنه قد يخفى عليهم، وإذا نقلوا يتعرف القاضى العدالة، كما إذا حضروا بأنفسهم، وشهدوا كذلك فى "الهداية". (البحر)

(٤) قوله: "وتبطل" معناه إذا قال شهود الأصل لم تعرفهم، ولم تشهدهم على شهادتنا، فماتوا

أو غابوا، ثم جاء الفروع، وشهدوا عند الحاكم لم تقبل شهادتهم؛ لأن التحميل شرط، وله يثبت للمعارض بين خبر الأصول، وبين خبر الفروع؛ لأن الأصول يحتمل أن يكونوا صادقين بذلك، فلا يثبت التحميل مع الاحتمال. (الزيلعى)

(٥) قيد بالإنكار لأنهم لو سئلوا فسكتوا لم يبطل الإشهاد.

(٦) كقولهم: ما لنا شهادة، أو لم نشهدهم، أو أشهدناهم وغلطنا.

(٧) أي أنها أقرت بألف درهم مثلاً لفلان.

(٨) أي الشاهدان الأصلان.

(٩) قوله: "قيل" لأن الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت، والمدعى يدعى الحق على

آخرين المذكورة
أى كالشهادة على الشهادة
شاهدين أنها فلانة، وكذا^(١) كتاب القاضى إلى القاضى،
أى الشاهدان الأصلان
ولو^(٢) قالاً: فيهما^(٣) التميمية لم تجز حتى ينسباها إلى فخذها،
الشاهد
ولو أقر أنه شهد زوراً يُشهر^(٤) ولا يعزر^(٥) بالضرب والجس.

الحاضرة، فلعلها غيرها، فلا بد من تعريفهما بتلك النسبة. (الزيلي)

(١) قوله: "وكذا" معناه أن القاضى إذا كتب إلى القاضى الآخر أن فلاناً وفلاناً شهدا عندي بكذا من المال على فلانة بنت فلان الفلانية، وأحضر المدعى امرأة عند القاضى المكتوب إليه، وأنكرت المرأة أن تكون هى المنسوبة بتلك النسبة، فلا بد من الشاهدين الآخرين يشهدان أنها هى المنسوبة بتلك النسبة، كما فى المسألة الأولى، كما ذكرنا، ولا فرق بينهما إلا من حيث إن القاضى الكاتب لو لاية يتفرد بنقل إليه والشهادة فى الشهادة على الشهادة لا بد من اثنتين على كل أصل على ما بينا. (الزيلي)

(٢) قوله: "ولو" أى لو قال الشاهدان فى الشهادة على الشهادة، وفى كتاب القاضى إلى القاضى فلانة بنت فلان التميمية، لم يجز حتى ينسباها إلى فخذها؛ لأن التعريف لا يحصل بالنسبة العامة، وهى عامة إلى بنى تميم؛ لأنهم قوم لا يحصون، ويحصل بالنسبة إلى الفخذ؛ لأنها خاصة، وفسر فى "الهداية": الفخذ بالقبيلة الخاصة، وفى الشرح بالجد الأعلى.
وفى "المصباح": الفخذ - بالكسر وبالسكوت للتخفيف - دون القبيلة وفوق البطن، وقيل: دون البطن، وفوق الفصيلة، وهو مذكر لأنه بمعنى النقر، والفخذ من الأعضاء مؤنثة، والجمع فيها أفخاذ... اهـ.

وفى "المصباح": الفخذ آخر القبائل أولهما الشعب، ثم القبيلة، ثم الفصيلة، ثم العمارة، ثم البطن، ثم الفخذ، وقال: فى غير الفصيلة بعد الفخذ. (البحر والزيلي)

(٣) أى فى الفصلين فصل الشهاد على الشهادة وفصل كتاب القاضى إلى القاضى.

(٤) قوله: "يشهر" فيبيع السوقى إلى السوق وغيره إلى قومه أجمع ما كانوا، ويقول: إنا وجدنا هذا شاهد الزور فاحذروه، وحذروا الناس منه. (الكشف)

(٥) قوله: "ولا يعزر" وقالوا: يضرب ويحبس؛ لأن عمر رضى الله تعالى عنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطاً وسخم وجهه، ولأن هذه كبيرة يتعدى ضررها إلى العباد، وليس فيها حد مقرر فيعزر. وله أن شريحاً كان يشهر ولا يضربه، ولأن الانزجار يحصل بالشهير، فيكتفى به، والضرب وإن كان مبالغة فى الزجر، ولكنه يقع مانعاً عن الرجوع، فوجب التخفيف نظراً إلى هذا الوجه، وحديث عمر محمول على السياسة بدلالة التبليغ أى الأربعين والتسخيم.

وفى "السراجية": الفتوى على قوله، ورجح فى "فتح القدير" قولهما، وقال: إنه الحق. (البحر)

أى فى باب أحكام الرجوع

باب^(١) الرجوع عن الشهادة

أى قاض كان أى الشاهدان

لا يصح^(٢) الرجوع عنها إلا عند قاض فإن رجعا قبل

أى قبل حكم القاضى بشأدهما بها الحكم أى الشاهدان اللذان رجعا من المال

حكمه لم يقض^(٣) وبعده^(٤) لم ينقض وضمننا^(٥) ما أتلناه

وهو المدعى عليه إنما قيد بالقبض؛ لأن الإلتاف به يتحقق أى سواء كان ديناً أو كان عيناً

للمشهدود عليه إذا قبض المدعى المال ديناً أو عيناً، فإن^(٦) رجع

(١) قوله: "باب" وجه المناسبة لما قبله وتأخير عنه ظاهر؛ لأن الرجوع عن الشهادة يقتضى سبق وجودها، وهو أمر مشروع مرغوب فيه ديانة؛ لأن فيه خلاصاً عن عقاب الكبيرة، وترجم بالباب مخالفاً للهداية، إذ ليس له أبواب متعددة، وهو وإن كان رفعاً للشهادة، لكنه داخل تحتها، كدخول النواقض فى الطهارة. (المجمع بحذف)

(٢) قوله: "ولا يصح" لأنه فسخ للشهادة فيختص بما يختص بالشهادة من مجلس القاضى؛ ولأن الرجوع توبة، وهى على حسب الجناية، فالسر بالسر والإعلان بالإعلان أطلقه، فشمّل القاضى المشهود عنده وغيره، فإذا لم يصح الرجوع عند غير القاضى ولو شرطياً، كما فى "فتح القدير"، وادعى المشهود عليه رجوعهما، وأراد يمينهما لا يحلفان، وكذا لا تقبل بيته عليهما؛ لأنه ادعى رجوعاً باطلاً، حتى لو أقام بينة أنه رجع عند قاضى كذا، وضمنه المال تقبل؛ لأن السبب صحيح. (البحر)

(٣) لأن القاضى لا يقضى لكلام متناقض.

(٤) قوله: "وبعده [أى بعد حكم القاضى بشأدهما]" أى إذا رجعوا بعد ما حكم الحاكم بشأدهما لم يفسخ الحكم؛ لأن كلامهما متناقض، فكما لا يحكم بالمتناقض لا ينقض الحكم بالتناقض؛ لأنهما مستويان فى الدلالة على الصدق، وقد ترجع الأول باتصال القضاء به. (الزليعى)

(٥) قوله: "وضمننا" وقال الشافعى: لا يضمنان؛ لأنه لا عبرة للتسبب عند وجود المباشرة، قلنا: تعذر إيجاب الضمان على المباشر، وهو القاضى؛ لأنه كالملمجأ فى القضاء، وفى إيجابه صرف الناس عن تقلده، وتعذر استيفاءه من المدعى؛ لأن الحكم ماض، فاعتبر التسبب والسبب على وجه التعدى سبب للضمان، كحافر البئر، وقد صار سبباً للإلتاف تعدياً حيث جعل القضاء سبباً له. (الكشف مع تصرف)

(٦) قوله: "فإن" أى فإن رجع أحدهما، أى أحد الشاهدين عن شهادته فى دعوى حق بعد القضاء ضمن الراجع نصفاً، إذ بشهادة كل منهما يقوم نصف الحجة، فبقاء أحدهما على الشهادة تبقى الحجة فى النصف، فيجب على الراجع ضمان ما لم تبق الحجة فيه، وهو النصف. (المجمع)

أحدهما ضمن النصف، والعبرة^(١) لمن بقى لا لمن رجع، فإن
 شهد ثلاثة ورجع واحد لم يضمن، وإن رجع آخر ضمنا^(٢)
 النصف، وإن شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت^(٣)
 الربع، وإن رجعتا ضممتا^(٤) النصف، وإن شهد رجل وعشرة
 نسوة فرجعت ثمان لم يضمن، فإن رجعت أخرى
 ضمن^(٥) ربعه، فإن رجعوا، فالغرم
 بالأسداس^(٦)، وإن شهد رجلان عليه، أو عليها بنكاح بقدر

(١) قوله: "والعبرة" هذا هو الأصل في باب الرجوع عن الشهادة، ولو لا ذلك لوجب الضمان مع بقاء من يقوم بكل الحق، بأن بقى النصاب، ولا يقال: لا يجوز أن يثبت الحكم ببعض العلة، فوجب أن لا يبقى به أيضاً؛ لأننا نقول: يجوز أن يبقى الحكم ببعض العلة، وإن لم يثبت به ابتداء، كالحول المنعقد على النصاب يبقى بقاء بعض النصاب، وإن لم ينعقد به ابتداء. (الزيلعي)

(٢) قوله: "ضمنا" لأنه لما رجع الأول لم يظهر أثره، فلما رجع آخر ظهر أثره؛ لأنه لم يبق إلا من يقوم به النصف. (البحر)

(٣) لبقاء ثلاثة أرباع الحق ببقاء رجل وامرأة.

(٤) قوله: "ضممتا" ولو شهد رجلان وامرأتان فرجع رجل وامرأة، فعليهما الربع أثلاثاً، وإن رجع رجلان، فعليهما النصف، وإن رجعت امرأتان فلا شيء عليهما. (البحر)

(٥) لبقاء رجل وامرأة.

(٦) قوله: "بالأسداس" أي رجع الرجل والعشرة نسوة، فالسدس على الرجل، وخمسة الأسداس على النسوة، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما على الرجل النصف، وعلى النسوة النصف؛ لأنهن وإن كثرن يقمن مقام رجل واحد، وله أن كل امرأتين مقام رجل واحد للحديث: عدلت شهادة كل اثنتين منهن بشهادة رجل واحد، وإن رجعت العشر فقط فعليهن نصف الحق اتفاقاً، كما إذا رجع الرجل وحده. (البحر)

أى على مثله أى الزيادة على مهر المثل

مهر مثلها ورجعا لم يضمن^(١)، وإن زاد^(٢) عليه ضمنها، ولم

إذا كان المدعى مشترياً، أما إذا كان بائعاً فلا

يضمن^(٣) فى البيع^(٤)، إلا ما نقص من قيمته المبيع، وفى^(٥)

أى الشاهدان

أى قبل الدخول أى الشاهدان بالرجوع للزوج

الطلاق قبل الوطاء ضمنا نصف المهر، ولم يضمن لو بعد

أى لو رجعا بعد الشهادة فى العتق بأنه أعتق عبده، وحكم به الحاكم

الوطاء^(٦)، وفى العتق^(٧) ضمنا القيمة وفى القصاص^(٨) ضمنا

(١) لأنهما أتلفا شيئاً بعوض يقابله، والإتلاف بتعوض كلا الإتلاف .

(٢) قوله: "وإن زاد" أى إن زاد على مهر المثل ضمنا الزيادة، هذا إذا كانت هى المدعية للنكاح، وهو ينكر؛ لأنهما أتلفا على الزوج قدر الزيادة بلا عوض، ولم يذكر الحكم فيما إذا شهدا عليها بالنكاح بأقل من مهر المثل، فحكمه أنهما لا يضمنان لها شيئاً؛ لأن منافع البضع غير متقومة عند الإتلاف، فلا يضمن المتقدم، إذ التضمن يستدعى المماثلة، وإنما يضمن ويتقوم بالتملك ضرورة إبانة خطر المحل . (الزيلعى)

(٣) قوله: "ولم يضمن" فلو شهدا على البائع بمثل القيمة أو أكثر فلا ضمان؛ لأنه إتلاف بعوض، وإن شهدا به بأقل من قيمته ضمنا النقصان؛ لأنه بغير عوض . (البحر)

(٤) بأن شهدا على البائع أنه باع، ثم رجعا عن الشهادة، لم يضمن له .

(٥) قوله: "وفى" يعنى إذا شهدا بأنه طلق امرأته قبل الدخول بها، ثم رجعا ضمنا للزوج نصف المهر؛ لأنهما أكدا عليه ما كان على شرف السقوط؛ لأن احتمال ارتدادها وتقيل ابن زوجها ثابت، فيحتمل أن يوجد ذلك منها، فيسقط المهر به، وللتأكيد حكم الإيجاب، فصار كأنهما أوجبا عليه، ألا ترى أن المحرم إذا أخذ صيداً فقتله آخر فى يده يلزم الآخذ الجزاء، ثم يرجع به على القاتل؛ لأنه قرر عليه ما كان على شرف الزوال بالتسبب وللتقرير حكم الإيجاب . (الزيلعى)

(٦) قوله: "بعد الوطاء" يعنى شهدا أنه طلقها بعد ما دخل بها فقاضى بشهادتهما، ثم رجعا عن الشهادة لم يضمن؛ أن المهر تأكد بالدخول لا بشهادتهما . (الزيلعى)

(٧) قوله: "وفى العتق" أى إذا شهدا بإعتاق عبد، فحكم الحاكم بعتقه، ثم رجعا عن الشهادة ضمنا قيمة العبد لسببه؛ لأنهما أتلفا عليه مالية العبد من غير عوض، والولاء للذى شهدا عليه بالعتق؛ لأن العتق لا يتحول إليهما بهذا الضمان، فلا يتحول الولاء، ولا يمتنع وجوب الضمان عليهما بثبوت الولاء للمولى؛ لأن الولاء ليس بمال متقوم، بل هو كالنسب، لقوله عليه الصلاة والسلام: «الولاء لحمه ك لحمه النسب»، فلا يكون الضمان بدلا عنه، بل عما أتلفا عليه من ملك المال، وهذا الضمان لا يختلف بين أن يكونا موسرين أو معسرين؛ لأنه ضمان إتلاف الملك، بخلاف ضمان الإعتاق لأنه لم يتلف إلا ملكه، ولكنه مع ذلك لم يفسد ملك صاحبه، فأوجب الشارع عليه المؤاساة صلة،

أى الشاهدين
 الدية ولم يقتصا، وإن رجع شهود الفرع ضمنوا^(١)، لا^(٢)
 شهود الأصل بلم نشهد الفروع على شهادتنا أو أشهدناهم
 وغلطنا، ولو رجع الأصول والفروع ضمن^د ^(٣) الفروع فقط،
 ولا يلتفت^(٤) إلى قول الفروع كذب الأصول أو غلطوا،
 وضمن^(٥) المزكى بالرجوع^(٦) وشهود^(٧) اليمين والزنا لا^(٨)
 أى لا يضمن

والصلات تجب على الموسر دون المعسر، كالزكاة ونفقة الأقارب. (الزيلعى)

(٨) قوله: "وفى القصاص [أى ولو رجعا بعد الشهادة فى القصاص، بأن شهدا أنه قتل فلاناً عمداً، فقتل به فقتل] أى ضمن شاهدا القصاص برجوعهما بعد الاستيفاء دية المشهود عليه، ولا يقتص منهما، وقال الشافعى: يقتص منهما لوجود القتل تسبباً، فأشبه المكره، بل أولى؛ لأن الولي يعان، والمكره يمنع، ولنا أن القتل مباشرة لم يوجد، وكذا تسبباً؛ لأن السبب ما يقتضى إليه غالباً، ولا يقضى؛ لأن العفو مندوب، بخلاف المكره؛ لأنه يؤثر حياته ظاهراً. (البحر)

(١) لأن الشهادة فى مجلس القضاء، إنما صدرت منهم، فأضيف التلف إليهم.

(٢) قوله: "لا" أى لا يضمن شهود الأصل بقولهم: لم نشهد شهود الفروع، أو بقولهم: أشهدناهم، وغلطنا، أما فى الأولى فإنهم أنكروا السبب، وهو الإشهاد، فلا يبطل القضاء؛ لأنه خبر محتمل، فصار كرجوع الشاهد، بخلاف ما قبل القضاء، وأما فى الثانية فهو قولهما. وقال محمد: يضمنون؛ لأن الفروع نقلوا شهادة الأصول، فصار كأنهم حضروا، ولهما أن القضاء وقع بشهادة الفروع؛ لأن القاضى يقضى بما يعاين من الحجة، وهى شهادتهم، وقدمنا أن الاختلاف مبنى على أن الإشهاد على الشهادة إنابة، وتوكيل عندهما، وعنده تحميل. (البحر والزيلعى)

(٣) قوله: "ضمن" وهذا عندهما؛ لأن القضاء وقع بشهادتهم، وعند محمد المشهود عليه بالخيار إن شاء ضمن الأصول، وإن شاء ضمن الفروع. (البحر مع زيادة)

(٤) قوله: "ولا يلتفت" لأن ما أمضى من القضاء لا ينتقض بقولهم، فلا يجب الضمان عليهم؛ لأنهم ما رجعوا عن شهادتهم، إنما شهدوا على غيرهم بالرجوع. (البحر)

(٥) قوله: "وضمن" خلافاً لهما، له أن التزكية إعمال للشهادة، إذ القاضى لا يعمل بهما إلا بالتزكية، فصارت بمعنى علة العلة، بخلاف شهود الإحصان؛ لأنه شرط محض. (الكشف)

(٦) عن التزكية مع علم يجوز بكونهم عبيداً خلافاً لهما، أما مع الخطأ فلا إجماع.

(ف) أى ولا شهود الشرط

شهود الإحصان والشرط^(١).

(٧) قوله: "وشهود" أى وضمن شهود اليمين بأن قالوا: إنه قال لعبده: إن دخلت الدار فأنت حر، أو قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق، وهى غير مدخول بها، وشهد آخران بوجود الشرط، أى دخول الدار، ورجع الفريقان بعد الحكم، فالضمان على شهود اليمين لا شهود الشرط، فيضمنان قيمة العبد ونصف المهر؛ لأنهم شهود العلة، إذ التلف إنما حصل بالإعتاق والتطليق، وهم الذين أثبتوا تلك الكلمة، والتعليق بالشرط كان مانعاً، فعند وجود الشرط أضيف التلف إلى علته لزوال المانع. (الطحاوى)

(٨) قوله: "لا" صورته: أن يشهد أربعة بالزنا ويشهد آخران أنه محصن، ثم رجعوا، فالضمان على شهود الزنا؛ لأنه علة، ولا ضمان على شهود الإحصان؛ لأنه علامة وليس بشرط حقيقة. (الطحاوى)

(٩) قوله: "والشرط" أى لا يضمن شهود الشرط، أى وجوده بأن شهدا أن العبد قد دخل الدار، أو المرأة، وهذا لأن قوله: أنت حر مباشرة لإتلاف المالية عند وجود مباشرة الإتلاف يضاف الحكم إليه دون الشرط. (الطحاوى)

بفتح الواو وكسرها : اسم من التوكيل فى اللغة

كتاب^(١) الوكالة

صح^(٢) التوكيل وهو إقامة الغير مقام نفسه فى التصرف^(٣)
ممن يملكه^(٤) إذا كان^(٥) الوكيل ممن يعقل العقد ولو صبيا أو
أى ولو كان الوكيل صبيا.

(١) مناسبته أن كلا من الشاهد والوكيل ساع فى تحصيل مراد غيره .

(٢) قوله : " صح " دفعاً للحاجة ؛ لأنه قد يعجز الإنسان عن التصرف بنفسه ، وقد صح أن النبى عليه الصلاة والسلام وكل بالشراء حكيم بن حزام . (الكشف)
قال فى حاشية " الكشف " : رواه أبو داود بسند فيه مجهول ، ورواه الترمذى من حديث حبيب بن ثابت عن حكيم رضى الله عنه ، ثم قال : لا تعرفه إلا من هذا الوجه ، وأحبيب لم يسمع عندى من حكيم إلا أن هذا داخل فى المرسل عندنا ، فصدق قول المصنف لأن حبيباً إمام ثقة .

(٣) أى الجائز المعلوم ، حتى إن التصرف إذا لم يكن معلوماً ثبت ، أو فى التصرفات ، وهو الحفظ فيما إذا قال : وكلتك بمالى .

(٤) قوله : " ممن يملكه " اعلم أما أولاً أن الضمير المنسوب عائد إلى محل التصرف ، كالمال فى البيع لا على التصرف ، وإلا لكان قوله بكل ما يعقد لغوا ؛ لأن العقود والخصومة وإيفاء الحقوق واستيفاءهما تصرفات ، واحترز بهذا القيد عن التوكيل باصطياد والصيد ، وأخذ سائر المباحات ، وهذا إن اعتبرنا قوله : إذا كان الوكيل . . . إلخ من تمام التعريف ، وأما إن اعتبرنا تمام التعريف عند قوله : ممن يملكه ، وما بعده لبيان حكمه ، والتقدير : ويصح إذا كان الوكيل يعقل العقد ، أى أنه سالب بالنسبة إلى كل من العاقلين ، وجالب بالنسبة إلى كل منهما ، فالضمير عائد على نفس التصرف .

وأما ثانياً : فإنه أورد عليه إيرادات ، الأول : توكيل المسلم ذمياً ببيع خمر أو خنزير ، وتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد ، فإنه صحيح عنده ، ولا يملكه الموكل ، فقال فى " الكشف " : هذا القيد إنما يعتبر على قولهما فقط ، أو هذه قاعدة فلا يرد أن المسلم لا يملك بيع الخمر ، ويملك توكيلها ؛ لأن إبطال القواعد إنما يكون بإبطال طردها لا عكسها ، وقال فى البحر أنه يملكه بأصل التصرف ، وإن امتنع لعارض النهى .

والثانى العبد المأذون فى تزويج نفسه لا يملك التوكيل مع أنه يملك أن يتزوج بنفسه ، والجواب أنه بمنزلة الوكيل عن سيده ، وإن كان عاملاً لنفسه ، والوكيل لا يوكل إلا بإذن أو تعميم .

والثالث : لو قال : بيع عبدى هذا بعبد صح ، ولو قال : اشتريت منك هذا بعبد لم يصح ، وأحجب بأن المنع للجهاالة فى المباشرة للإفضاء إلى المنازعة لا لذاتها ، ولذا لم يمتنع فى بيع قفيز من صبرة ، ولا يفضى إليها فى الوكالة . (عز)

(٥) بيان للشرط فى الوكيل ، فلا يصح توكيل غير العاقل .

أى بكل شيء جائز أن يعقده بنفسه
 وصح التوكيل أيضاً بالخصومة... إلخ
عبدًا محجوراً بكل ما يعقده بنفسه وبالخصومة^(١) في
 أى بشرط رضا (س م ف)
الحقوق برضاء الخصم إلا^(٢) أن يكون الموكل مريضاً، أو غائباً
 وهو ثلاثة أيام
 يعنى ليس لها عادة بالبروز. أى وصح التوكيل أيضاً بإيفاءها
مدة السفر، أو مريداً للسفر، أو مخدرة، وإيفاءها^(٣)
 قصاص (ف)
واستيفاءها إلا^(٤) في حد وقود إن غاب الموكل، والحقوق^(٥)
 عند العقد
فيما يضيفه الوكيل إلى نفسه كالبيع والإجارة والصلح عن
 ف ز ك
إقرار تتعلق^(٦) بالوكيل إن لم يكن محجوراً، كتسليم^(٧) المبيع

(١) قوله: "وبالخصومة" أى يجوز التوكيل بالخصومة فى جميع الحقوق بشرط أن يرضى الخصم، إلا إذا كان معذوراً من الأعذار التى ذكرها، فحينئذ يجوز بغير رضا الخصم، وهذا عند أبى حنيفة.

وقالا: يجوز بغير رضاه، ولا خلاف فى الجواز، إنما الخلاف فى اللزوم، لهما أن التوكيل تصرف فى خالص حقه، فلا يتوقف على رضا غيره، كالتوكيل بتقاضى الدين، وله أن الجواب مستحق على الخصم، ولهذا يستحضره، والناس متفاوتون فى الخصومة، فلو قلنا: بلزومه يتضرر به، فيتوقف على رضاه، كالعبد المشترك إذا كاتبه أحدهما يتخير الآخر، بخلاف المريض والمسافر؛ لأن الجواب غير مستحق عليهما هنالك، ومريده كهو لتحقيق الضرورة والمخدرة لو حضرت لا يمكنها أن تنطق بحقها لحياها، فيلزم توكلها، وهذا شىء استحسنة المتأخرون. (المجمع مع زيادة)

(٢) استثناء من قوله برضا الخصم، يعنى بشرط رضا الخصم إلا عند كون الموكل أيضاً... إلخ.

(٣) قوله: "وبإيفاءها" أى يصح التوكيل بإيفاء جميع الحقوق واستيفاءها إلا بالحدود والقصاص؛ لأن كلا منهما يباشره الموكل بنفسه، فيملك التوكيل به، بخلاف الحدود والقصاص، فإنها تندرى بالشبهات، وشبهة العفو ثابتة فى حال غيبة الموكل قد عفا، بل هو الظاهر، إذ العفو مندوب إليه، بخلاف ما إذا كان الموكل حاضراً؛ لأنه لا تتمكن فيه شبهة العفو، وقد يحتاج الموكل إلى ذلك لقله هدايته فى الاستيفاء. (الزيلعى بحذف والبحر)

(٤) قوله: "إلا" استثناء منهما لكن فى الإيفاء على إطلاقه، وفى الاستيفاء مقيد بما إذا كان الموكل غائباً، وأما إذا كان حاضراً أو أمر باستيفاءه فإنه يجوز. (البحر)

(٥) يتعلق بمحذوف تقديره: والحقوق الكائنة فى الشىء الذى يضيفه... إلخ.

(٦) قوله: "تتعلق" وقال الشافعى: تتعلق بالموكل؛ لأن الحقوق تبع للحكم، وليست بأصل،

إذا كان الوكيل مشترياً. إذا كان الوكيل بائعاً.

وقبضه وقبض الثمن، والرجوع^(١) عند

الاستحقاق والخصومة^(٢) في العيب والمملك^(٣) يثبت للموكل

ابتداءً حتى لا يعتق قريب الوكيل بشراءه، وفيما^(٤) يضيفه إلى

الموكل كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد، وعن إنكار

والوكيل ليس بأصل في حق الحكم، فلا يكون أصلاً في حق الحقوق التي هي من توابع الحكم، فصار كالرسول والوكيل بالنكاح وأخواته.

ولنا: أن الوكيل أصل في العقد؛ لأن العقد يقوم بالكلام، وصحة كلامه باعتبار كونه آدمياً عاقلاً، فقضيته أن يكون الحاصل بالتصرف واقعاً له غير أن الموكل لما استنابه في تحصيل الحكم، جعلناه نائباً في حق الحكم للضرورة كيلا يطل مقصوده، وراعينا الأصل في حق الحقوق، إذ لا ضرورة في حقها.

والدليل على أنه أصل في العقد استغناؤه عن إضافة إلى الموكل، ولو كان سفيراً، كما زعم لما استغنى عن إضافة إليه كالرسول والوكيل بالنكاح وأخواته، حتى إذا أضافه إلى نفسه كان له دون الموكل، بخلاف ما نحن فيه، فإنه لا يتعذر إضافة العقد إليه، وإيقاع الحكم للموكل، فإذا أضافه إليه كان أصيلاً فيه، فيقع له فيما لا ضرورة فيه، وهي الحقوق من تسليم المبيع، وقبضه، وقبض الثمن، وتسليمه، والرجوع عليه بالثمن عند استحقاق ما باع، أو رجوعه هو ما لثمن على بائعه عند استحقاق ما اشترى، والخصومة في العيب، وغير ذلك من حقوق العقد. (الزيلعي)

(٧) قوله: "تسليم المبيع... إلخ" مثال للحقوق التي تتعلق بالوكيل فيما يضيفه إلى نفسه، فإن تسليم المبيع يجب على الوكيل إذا كان بائعاً. (العيني)

(١) أي رجوع الوكيل بالشراء بالثمن على البائع عند ظهور المستحق للمبيع، وكذا الرجوع عليه بالثمن عند استحقاق ما باع.

(٢) أي خصومة الوكيل بالشراء مع البائع في ظهور العيب مع المبيع.

(٣) قوله: "والمملك" دفع لما يتوهم من أن الحقوق لما ثبتت للوكيل أصالة وخلفه الموكل فيها ينبغي أن يكون الحكم كذلك، وقد اختلف أصحابنا فيها، فقال الكرخي: يثبت للوكيل، ثم ينتقل إلى الموكل، وقال أبو طاهر: يثبت للموكل ابتداءً، وهو الأصح، ولهذا لو كان المشتري منكوحه الوكيل لا يفسد نكاحه، ولا تعتق عليه. (البحر)

(٤) قوله: "وفيما" أي في كل عقد يضيفه إلى الموكل فحقوقه بالموكل، وذلك كالنكاح... إلخ؛ لأن الوكيل في هذه العقود سفير محض، والسفير حاك قول غيره، ومن حكى قول غيره لا يلزمه حكم ذلك القول، كمن حكى قذف غيره، فإنه لا يكون قاذفاً، ومن حكى كفر غيره لا يكون كافراً. (الزيلعي وشرح النفاية)

أى وكيل المرأة
أى وكيل الزوج
يتعلق بالموكل، فلا يطالب وكيله بالمهر^(١)، ووكيلها
أى بتسليم المرأة التى زوجها منه
بتسليمها وللمشتري^(٢) منع الموكل عن الثمن،
المشتري الثمن أى إلى الموكل فمى المسألة المذكورة
وإن دفع إليه صح، ولا يطالبه^(٣) الوكيل ثانياً.

باب^(٤) الوكالة^(٥) بالبيع والشراء

أى أمر رجل رجلاً
أمره بشراء ثوب هروى^(٦) أو فرس أو بغل صح^(٧)، سمي
أى أو لم يسم
أى ولو أمره بشراء
الوكيل
أى وإن لم يسم الثمن لا يصح
ثمناً أولاً، وبشراء عبد أو دار صح إن سمي^(٨) ثمناً، وإلا

(١) أى بمهر المرأة التى تزوجت بالموكل.

(٢) قوله: "وللمشتري" يعنى إذا وكل رجل رجلاً ببيع شيء فباعه، ثم إن الموكل طالب المشتري بالثمن له منعه؛ لأن الموكل أجنبى عن العقد وحقوقه؛ لأنها تتعلق بالعقد على ما بينا. (الزيلعى)

(٣) قوله: "ولا يطالبه" لأن نفس الثمن للمقبوض حق الموكل، وقد وصل إليه، ولا فائدة فى أخذه منه، ثم دفعه إلى الوكيل ليدفعه إليه. (شرح النقاية)

(٤) قوله: "باب" أفردهما بباب على حدة لكثرة الاحتياج إليهما، وقدم الشراء على البيع لأن الشراء ينبنى عن الإثبات، والبيع عن الإزالة بعد الإثبات، أو الشراء يتحقق بالموجود والمعدوم، والبيع لا يتحقق إلا فى الموجود. (البحر)

(٥) قوله: "الوكالة" الأصل أنها إن عمت - كأن يقول: ابتع ما رأيت يصح؛ لأنه فوض الأمر إلى رأيه، فأى شيء يشتره يكون تمثيلاً - أو علمت بأن علم الموكل فيه للوكيل والموكل، أو جعلت جهالة يسيرة، وهى جهالة النوع المحض، كفرس صحت، وإن فاحشة، وهى جهالة الجنس، كدابه بطلت، وإن متوسطة كعبد، فإن بين الثمن أو الصفة كتركى صحت، وإلا لا. (الدر المختار والطحاوى)

(٦) أى منسوب إلى هراة مدينة بخراسان فتحت زمن عثمان رضى الله عنه.

(٧) قوله: "صح" لأنه لم يبق إلا جهالة الصفة، وهى محتملة فيها استحساناً؛ لأن مبنائها على التوسعة لكونها استعانة، وفى اشتراط بيان الوصف بعض الحرج وهو مدفوع. (البحر)

(٨) قوله: "وإن سمي" لأن هذه جهالة متوسطة بين الجنس والنوع، وليست بفاحشة، ولا يسيرة، فإذا بين ثمنه علم من أى نوع مقصوده؛ لأن ثمن كل نوع من العبيد معلوم بين الناس، والتحق بجهالة النوع بذلك، فجازت الوكالة به، وإن لم يبين ثمنه التحق بجهالة الجنس، فلم تجز الوكالة به. (الزيلعى)

أى ولو أمره بشراء أى لا يصح وصليبة أى ولو أمره بشراء... إلخ
 لا، وبشراء ثوب أو دابة لا^(١) وإن سمي ثمنًا وبشراء^(٢) طعام
 يقع على البر ودقيقه وللوكيل الرد^(٣) بالعيب ما دام
 المبيع فى يده، فلو سلمه إلى الأمر لا يردّه^(٤) إلا بأمره،
 أى الذى اشتراه على الموكل (ز ف ك د) أى لأجل الثمن
 وحبس^(٥) المبيع لثمن دفعه من ماله، فلو هلك
 لأن يده كبد الموكل، فإذا لم يحبس يكون الموكل، فأيضًا بيده
 فى يده قبل حبسه، هلك من مال الموكل، ولم يسقط الثمن،
 فى يد الوكيل أى فحكمه فى الشك من ز ف ك د لأنه العاقد
 وإن هلك بعد حبسه فهو كالمبيع^(٦)، ويعتبر^(٧) مفارقة الوكيل

(١) قوله: "لا" لو وكله بشراء دابة، أو ثوب لا يصح التوكيل للجهالة الفاحشة، فإن الدابة لغة اسم لما يدب على وجه الأرض، وعرفًا للخيول والبغل والحمار، فقد جمع أجناسًا، وكذا الثوب لا يتناول الملبوس من الأطلس إلى الكساء، ولهذا لا يصح تسميته مهرا، وإذا اشترى الوكيل وقع الشراء له. (البحر والزيلعى)

(٢) قوله: "وبشراء" أى لو وكله بشراء طعام ينصرف إلى الخنطة، ودقيقها حتى لا يكون له أن يشتري له غيرهما من الطعام، والقياس أن يقع على كل مطعوم اعتبارًا للحقيقة، كما فى اليمين على الأكل، إذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان أن العرف أملك، وهو على ما ذكرناه، إذا ذكر مقرونًا بالبيع والشراء ولا عرف فى الأكل فبقى على الوضع. (البحر والزيلعى)

(٣) الرد يعنى من غير أمر الموكل؛ لأن الرد بالعيب من حقوق العقد هى كلها تتعلق بالوكيل، دون الموكل فيستبد به. (الزيلعى)

(٤) بالعيب؛ لأن حكم الوكالة قد انتهى التسليم.

(٥) قوله: "وحبس [أى وللوكيل أيضًا حبس... إلخ]" أى الوكيل بالشراء إذا اشترى، ودفع الثمن من ماله للبائع له أن يحبس المبيع بالثمن الذى دفعه للبائع من ماله؛ لأنه انعقد بينهما مبادلة حكمية، ولهذا لو اختلفا فى الثمن يتحالفان فى الثمن، ويرد الموكل بالعيب على الوكيل، وقد سلمه المشتري للموكل من جهة الوكيل، فيرجع عليه. (البحر والزيلعى)

(٦) قوله: "كالمبيع" هذا عند أبى حنيفة ومحمد، قلّت قيمة أو كثرت، وهو ضمان المبيع إذا هلك فى يد البائع، وعند زفر يضمن ضمان الغصب؛ لأنه صار غاصبًا بحبس ما ليس له حبسه، فيضمن جميع قيمته إن كان قيميًا، وعند أبى يوسف ضمان الرهن حتى إن كان فيه وفاء بالثمن يسقط، وإن لم يكن فيه وفاء يرجع الوكيل بالفضل على الوكيل؛ لأنه مضمون بالحبس للاستيفاء كالرهن، ولهما أن

فى الصرف والسلم دون الموكل، ولو وكله بشراء عشرة

أرطال لحم بدرهم، فاشترى عشرين رطلا بدرهم مما يباع مثله

عشرة بدرهم لزم^(١) الموكل منه عشرة بنصف درهم، ولو

وكله بشراء شيء بعينه لا يشتريه^(٢) لنفسه، فلو

الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشتري، وهلاك المبيع فى يد البائع يسقط الثمن، فكذا هذا قيد الهلاك
يبعد الحبس؛ لأنه قبل الحبس تقرر الثمن على الموكل. (شرح النقاية وزيادة)

(٧) قوله: "ويعتبر" فيبطل العقد إن فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بوجود الافتراق عن غير
بوجود الافتراق عن غير قبض، ولا اعتبار بمفارقة الموكل؛ لأنه ليس بعاقده، والمستحق بالعقد قبض
العاقده، وهو الوكيل، فيصح قبضه وإن كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه، ولذا
أطلقه المؤلف رحمه الله، واستفيد من وضع المسألة، صحة الوكيل بهما؛ لأن كلا منهما مما يباشره الموكل
فيوكل فيه، وهو فى الصرف مطلق من الجانبين، وأما فى السلم فيجوز من جانب رب السلم بدفع رأس
المال، أو بقبول السلم، ولا يجوز من جانب المسلم إليه بأخذ رأس المال؛ لأن الوكيل إذا قبض رأس
المال، بقى المسلم فيه فى ذمته، وهو بيع، ورأس المال ثمنه، ولا يجوز أن يبيع الإنسان ماله بشرط أن
يكون ثمنه لغيره، كما فى بيع العين، وإذا بطل التوكيل، كان الوكيل عاقداً لنفسه، فيجب المسلم فيه فى
ذمته، ورأس المال مملوك، وإذا سلمه إلى الأمر على وجه التمليك منه كان قرضاً، فلو قال المؤلف رحمه
الله تعالى: والسلام بدل السلم لكان أولى؛ لأن الإسلام خاص من رب السلم. (البحر)

(١) قوله: "لزم" وهذا عند أبى حنيفة، وقالوا يلزم العشرون؛ لأنه أمره بصرف الدرهم فى
اللحم، وظن إن سعره عشرة أرطال، فإذا اشترى به عشرين، فقد زاده خيراً، وصار كما إذا وكله ببيع
عبدته بألف، فباعه بألفين؛ ولأبى حنيفة أنه أمره بشراء عشرة، ولم يأمره بشراء الزيادة، فنفذ شراءها
عليه، وشراء العشرة على الموكل، بخلاف ما استشهدا به؛ لأن الزيادة هناك بدل ملك الموكل، فتكون
له.

قيد بالزيادة الكثيرة؛ لأن القليلة كعشرة أرطال ونصف رطل لازمة للأمر؛ لأنها تدخل بين
الوزنين، فلا يتحقق حصول الزيادة، وقيد بقوله: مما يباع... إلخ؛ لأنه لو اشترى ما يساوى عشرين
منه بدرهم صار مشترياً لنفسه إجماعاً؛ لأنه خلاف إلى شر؛ لأن الأمر تناول السمين، وهذا مهزول،
فلم يحصل مقصود الأمر، وقيد بالموزونات؛ لأن فى القيميات لا ينفذ شيء على الموكل إجماعاً، فلو
وكله بشراء ثوب هروى بعشرة، فاشترى له ثوبين هرويين بعشرة مما يساوى كل واحد منهما عشرة، لم
يلزم الموكل؛ لأن ثمن كل واحد منهما مجهول إذا لا يعرف إلا بالحرز، بخلاف اللحم؛ لأنه موزون
مقدر، فيقسم الثمن على أجزاء. (البحر)

(٢) قوله: "لا يشتريه" أى لا يقع له بل يقع له للموكل؛ لأن فيه عزل نفسه، فلا يمكنه إلا بمحض

الوكيل بأن اشترى بالعرض أو الحيوان أي أو اشتراه بخلاف. ^س ^{العقد}
 اشتراه بغير النقود، أو بخلاف ما سمي له ^(١) من الثمن وقع ^{وقت الشراء}
 لأنه خالف أمره فنقد عليه ^{يقع}
 للوكيل، وإن ^(٢) كان ^(٣) بغير عينه، فالشراء للوكيل إلا أن ينوى ^{المأمور}
 للموكل، أو يشتريه بماله، وإن قال ^(٤): اشتريت ^{هذا} للآمر، وقال ^{أي الموكل}
 أي اشتريته لنفسك إن لم يكن الثمن مدفوعاً إلى الوكيل الموكل ^{أي إلى الوكيل}
 الأمر لنفسك فالقول للآمر، وإن كان دفع إليه الثمن، ^{أي فالقول للمأمور بالإجماع}
 أي فالقول للمأمور بالإجماع رجل لآخر ^{العبد مثلاً} أي فباع فلان العبد ^{المشتري أي أمر فلان}
 فللمأمور، وإن قال: بعني هذا لفلان فباعه، ثم أنكر الأمر

الموكل، ولأن فيه تقرير الأمر حيث اعتمد عليه. (الكشف بحذف)

(١) بأن قال بألف مثلاً، فاشتراه بألفين.

(٢) قوله: "وإن" أي إن وكله بشراء عبد بغير عينه، فاشترى عبداً، فهو للوكيل إلا إذا قال: نويت الشراء للموكل، أو يشتريه بماله، والمراد بقوله: أو يشتريه بماله أن يضيف العقد إليه، وهذا بالإجماع. (الزيلعي والكشف)

(٣) أي وإن كان وكله لشراء شيء بغير عينه فاشتراه.

(٤) قوله: "وإن قال" معناه أمره بأن يشتري له عبداً بألف مثلاً، ثم قال المأمور اشتريت لك عبداً، أو قال الأمر: اشتريته لنفسك، كان القول قول الأمر إن لم يكن الثمن مدفوعاً إلى الوكيل، وإن كان مدفوعاً إليه، كان القول للمأمور؛ لأنه في الوجه الأول أخبر عما لا يملك استثنائه، وهو الرجوع بالثمن على الأمر، وهو ينكر، والقول للمنكر، وفي الوجه الثاني هو أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة، فيقبل قوله.

أطلقه: فشمّل ما إذا كان العبد ميتاً أو حياً، ولا خلاف في الأول أنه على التفصيل المذكور، وفي الثاني اختلاف، فقال الإمام هو الأعظم كذلك على التفصيل، وقالوا: القول للمأمور، وإن لم يكن الثمن منقوداً؛ لأنه يملك استثناف الشراء، فلا يتهم في الإخبار عنه، وله أنه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه، فإذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الأمر، بخلاف ما إذا كان الثمن منقوداً؛ لأنه أمين فيه، فيقبل قوله تبعاً لذلك، ولا ثمن في يده هنا، وذكره هذه عقيب مسألة التوكيل بغير العين، دليل على أن الاختلاف فيه قيد به؛ لأنه لو وكله بشراء عبد بعينه، ثم اختلفا والعبد حي، فالقول للمأمور، سواء كان الثمن منقوداً أو غير منقود إجماعاً؛ لأنه أخبر عما يملك استثنافه، ولا تهمة فيه؛ لأن الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراء لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته على مامر، بخلاف غير العين على، قوله وإن كان ميتاً، فكما إذا كان غير معين من أنه إذا كان غير منقود، فالقول للآمر، وإلا فللمأمور. (البحر والزيلعي)

أى العبد (١) فلان إلا (٢) أن يقول: لم أمره به إلا أن يسلمه (٣)
 أى إلى فلان المشتري له أى وإن أمر شخص شخصاً معينين حالية
 المشتري إليه، وإن أمره بشراء عبيدين عيين ولم يسم ثمناً،
 المأمور أى للآمرى الشراء أى ولو أمره بشراءهما (٥) بألف وقيمتها
 فاشترى له أحدهما صح (٤)، وبشراءهما (٥) بألف وقيمتها

(١) قوله: "أخذه" أى رجل قال لآخر: بعنى هذا العبد لفلان فإنى أشتريه له، فباعه ثم أنكر المشتري أن يكون فلان أمره، فقال فلان: أنا امرأته فإنه يأخذه؛ لأن قوله يعنى لفلان إقرار منه بأنه وكله، فإذا أنكر الوكالة بعده صار مناقضاً، فلا يسمع قوله، فيكون العبد للموكل. (الزيلعي)

(٢) قوله: "إلا" أى إلا أن يقول: فلان المشتري له لم أمره بالشراء، فحينئذ لا يأخذه، بل يكون للمشتري؛ لأن إقرار المشتري ارتد برده، والإقرار مما يرتد بالرد، فينفذ على المشتري؛ لأن الشراء إذا وجد نفاذاً لا يتوقف بل ينفذ على المشتري. (الزيلعي)

(٣) قوله: "يسلمه" فيكون له بالتسليم؛ لأن إقراره الأول قد ارتد بالرد، وصار ملكاً للمشتري، فإذا سلمه بعد ذلك إلى فلان المشتري له وأخذه، انعقد بينهما بيع جديد بالمعاطاة، فتكون العهدة عليه؛ لأنه صار مشترياً بالتعاطى كمن اشترى لغيره شيئاً بغير أمره، حتى لزمه ثم أسلمه المشتري إلى المشتري له. (الزيلعي)

(٤) قوله: "صح" لأن التوكيل مطلق، وقد لا يتفق الجمع بينهما أطلقه، وهو مقيد بما إذا اشتراه بقدر قيمة، أو بزيادة يتغابن الناس فيها، أما بما لا يتغابن فيها الناس، فلا يجوز إجماعاً والعذر له أنه سيقيد شراء الوكيل به فيما يأتى، فلذا تركه، ولم يذكر الشارحون فائدة التقييد بالمعنيين، والظاهر أنه اتفقا في غير المعين كالمعين إذا نواه للموكل، أو اشتراه له. (البحر)
 وفيه أن هذا لا يناسب قول المصنف، ولم يسم ثمناً؛ لأنهما إذا كانا غير عيين، ولم يسم ثمناً لا يصح التوكيل أصلاً. (حاشية الكشف)

(٥) قوله: "وبشراء" أى لو وكله بشراء العبيدين بألف وقيمتها سواء، فاشترى أحدهما بنصف الألف أو أقل جاز الشراء، وبأكثر من نصف الألف لم يجز، يعنى لم يلزم الأمر.
 قلت الزيادة أو كثرت؛ لأنه قابل الألف بالعبيدين وقيمتها سواء، فيستقيم عليهما نصفين دلالة، فيكون أمراً بشراء كل واحد منهما بخمس مائة ضرورة، فالشراء بخمس مائة موافقة وبأقل منها مخالفة إلى خير، وبأكثر منهما إلى شر، فلا يلزم الموكل إلا أن يشتري الباقي بما بقى من الألف قبل أن يختصما استحساناً؛ لأن غرضه المصرح به، وهو تحصيل العبيدين بألف قد حصل، وما ثبت الانقسام إلا دلالة، والصريح يفوقها، فلا تعتبر معه عند تعارضهما، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إن اشترى أحدهما بأكثر من نصف الألف بما يتغابن الناس فى مثله، وقد بقى من الألف ما يشتري بمثله العبد الباقي، فهو جائز؛ لأن التوكيل حصل مطلقاً بلا تقدير ثمن كل واحد منهما بخمس مائة، والمطلق يحمل على المتعارف، وهو الشراء بالقيمة أو بزيادة

سواء، فاشترى أحدهما بنصفه، أو أقل صح^{ك ف ت}، وبالأكثر لا إلا

أن يشتري الباقي بما بقي قبل الخصومة، وبشراء^(١) العبد من الألف أى قبل أن يختصما ولو أمر رجل مديونه بشراء... إلخ

هذا بدين له عليه، فاشترى صح، ولو غير عين، أى على الأمر. المديون المأمور ذلك ولو أمره بشراء عبد غيره

ولا ينفذ على الأمر (س م) فهلاكه عليه أى ولو أمره بشراء. درهم أى إلى المأمور

نفذ على المأمور، وبشراء^(٢) أمة بألف دفع إليه الأمة الأمر أنت أى اشتريتها أنا بألف

فاشترى، فقال: اشتريتها بخمس مائة، وقال: المأمور بألف، الأمر الألف إلى المأمور أى فالقول للأمر. أى لو أمره بشراء. العبد مثلاً

فالقول للمأمور، وإن لم يدفع^(٣) فللأمر، وبشراء هذا،

يسيرة قدر ما يتغابن الناس فيه، ولكن غرضه تحصيل العبدین بالألف، فلا بد من أن يبقى من الألف قدر ما يشتري بمثله الباقي ليحصل غرضه. (الزيلعي)

(١) قوله: "وبشراء هذا" أى لو كان له دين على شخص، فوكل الدائن المدين بأن يشتري له هذا العبد بذلك الدين، فاشترى جاز، ولزم الموكل ولو وكله بشراء عبد غير معين، فاشترى لا يكون للأمر، بل ينفذ على المأمور، حتى لو مات عند المأمور مات من مال المأمور، والألف عليه، فإن قبضه الأمر، فهو له، وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: هو لازم للأمر في الوجهين، وأصله أن التوكيل بالشراء إذا أضيف إلى دين لا يصح عند أبي حنيفة إذا لم يكن البائع، أو المبيع متعيناً، وعندهما يصح كيفما كان، فإذا لم يصح التوكيل عنده، نفذ الشراء على المأمور حتى إذا هلك بعد القبض يهلك من ماله إلا إذا قبضه الأمر منه، فحينئذ ينعقد البيع بينهما بالتعاطى، فيكون للأمر. (الزيلعي ملخصاً)

(٢) قوله: "بشراء أمة" أى لو أمر رجل رجلاً أن يشتري الأمة بألف، ودفع الأمر إلى المأمور الدراهم، فاشترى المأمور إياها، ثم وقع الاختلاف بين الأمر والمأمور، فقال الأمر: اشتريتها بخمس مائة، وقال المأمور، لا بل اشتريتها بألف، فالقول قول المأمور؛ لأنه أمين فيه، وقد ادعى الخروج عن عهدة الأمانة، والأمر يدعى عليه ضمان خمس مائة، وهو ينكر أطلقه وهو مقيد بما إذا كانت تساوى ألفاً، فإن كانت تساوى خمس مائة، فالقول للأمر؛ لأنه خالف حيث اشترى جارية تساوى خمس مائة، والأمر تناول ما يساوى ألفاً فيضمن. (عز والبحر)

(٣) قوله: "وإن لم يدفع" أى وإن لم يدفع الأمر الألف إلى المأمور، والمسألة بحالها، كان القول للأمر، وتلزم الأمة المأمور أطلقه وهو مقيد بما إذا كانت قيمتها خمس مائة لكونه مخالفاً، وأما إذا كانت قيمتها ألفاً فإنهما يتحالفان، لأن الموكل والوكيل نزلاً منزلة البائع والمشتري، وقد اختلفا في الثمن، وموجبة التحالف، ثم يفسخ العقد جرى بينهما حكماً فتلزم الجارية للمأمور. (الزيلعي والبحر)

ولم يسمّ ثمنًا، فقال المأمور: اشتريته بألف، وصدقه بآئنه،
 وقال الأمر بنصفه تحالفا^(١)، وبشراء^(٢) نفس الأمر من
 سيده بألف ودفع، فقال لسيده: اشتريته لنفسه، فباعه على هذا
 عتق، وولاه لسيده، وإن قال^(٣): اشتريته، فالعبد للمشتري،

(١) لأنهما اختلفا في مقدار الثمن، وليس لهما بينة، فوجب المصير إلى التحالف، فإن تحالفا يلزم الشراء المأمور.

(٢) قوله: "وبشراء" نفس الأمر، أى لو وكل العبد رجلا بشراء نفسه من سيده بألف، والأمر هو العبد، ودفع الألف إلى الوكيل، فقال الوكيل لسيده وقت الشراء: أنا اشتري عبدك لنفسه، فباعه على هذا عتق وولاه لسيده، وإن قال الوكيل: اشتريته ولم يبين أنه يشتريه لنفس العبد، كان العبد ملكًا للوكيل، وهو المشتري، والألف الذى أخذه من العبد ودفعه إلى المولى كان للمولى فيهما مجانًا، ويجب على المشتري، أو على المعتق الألف، وأصله أن بيع العبد من نفسه إعتاق على مال وشراء العبد نفسه قبول الإعتاق ببذل؛ لأن اعتباره بيعا حقيقة غير ممكن، أما لأن العبد ليس بأهل للملك، أو الاستحالة أن يملك نفسه، فجعل مجازا عن الإعتاق، لوجود إزالة الملك فيه، كالبيع، فإذا اشتراه الوكيل للعبد صار البائع معتقًا، فيلزمه الولاء، والوكيل بالقبول سفير ومعبّر عنه، فلا ترجع الحقوق إليه.

وإذا أطلق الوكيل ولم يبين للمولى أنه يشتريه لنفس العبد، يقع العبد للوكيل؛ لأن ظاهر هذا اللفظ للبيع، فلا يعدل عنه إلى العتق بغير علم المولى، ولعله لا يرضى به لما فيه من لزوم ولأه وعقل جنابته، فلا يكون الشراء للعبد، بخلاف الوكيل من غير العبد حيث يدخل فى ملك المولى بالشراء من غير أن يبين للمولى أنه يشتريه لموكله؛ لأن حكم العقد فيه لا يختلف بين أن يكون له أو لموكله، إذ الكل بيع، والوكيل أصيل فيه فى الحالين حتى تتعلق به الحقوق فى الحالين، فلا يحتاج فيه إلى البيان، وهنا أحدهما إعتاق ومعقب للولاء، ولا تتعلق به الحقوق بالوكيل، والآخر بيع، وأحكامه خلاف العتق، فلا يدل رضاه بأحدهما على الرضاء بالآخر، فلا بد من البيان، فإذا لم يبين ثبت الملك للوكيل، والألف للمولى؛ لأنه كسب عبده، وعلى المشتري، أو على العبد إذا عتق ألف مثلها ثمنًا، أو بدل العتق؛ أن الأداء قد بطل لاستحقاق المولى ما أداه بجهة أخرى، وهو أنه كسب عبده، فكان ملكًا له قبل الشراء، وقبل العتق، فلا يصح لو ملكه بدلًا عن ملكه. (الزيلعى)

(٣) قوله: "وإن قال" بيان لما إذا كان العبد وكيلا بشراء نفسه بعد بيان ما إذا كان العبد موكلًا، أى إذا قال رجل لعبد: اشتري نفسك من مولاك، فقال العبد لمولاه: بعنى نفسى لفلان، فباعه المولى على هذا الشرط، كان العبد ملكًا للأمر، وإن أطلق العبد بأن قال: بعنى ولم يقل لفلان: عتق، وأصله أن العبد يصلح أن يشتري نفسه لنفسه ولغيره بطريق الوكالة؛ لأن جواز الشراء باعتبار المالية، والعبد أجنبى

الذي أدخلوا من العبد، ودفعه إلى المولى أى مثل الألف الأول لأجل الثمن وكان مملوكاً لرجل آخر
والألف لسيده، وعلى المشتري ألف^(١) مثله، وإن قال لعبد:

أشتر لي نفسك من مولاك، فقال للمولى: بعني نفسي

بألف درهم أى باعه المولى على هذا الشرط حين قال: بعني نفسي بفك د
لفلان، ففعل فهو للآمر، وإن لم يقل لفلان: عتق

فيما يتصرف الوكلاء من التصرفات الفاسدة وغيرها

فصل

الوكيل بالبيع والشراء لا يعقد^(٢) مع من ترد شهادته له،
وصح^(٣) بيعه بما قل أو أكثر، وبالعرض والنسيئة، ويقيد^(٤)

عن نفسه في حكم المالية إلا أن البائع لا يملك جنس العبد حتى يستوفي البدل؛ لأن العبد في يد نفسه، فيكون قابضاً لنفسه بمجرد العقد، كالمودع إذا اشترى للوديعة لا يكون للبائع حبس المبيع لوجود القبض بمجرد العقد، سواء اشتراه لنفسه، أو لغيره، إذا ثبت هذا فنقول: إذا أضاف العقد إلى الموكل كان ملكاً للموكل، وإذا أضاف الشراء إلى نفسه بأن قال: بعني لنفسى عتق؛ لما ذكرنا.

ولا يقال: إن العبد وكيل بشراء شيء معين، فوجب أن لا يجوز له شراءه لنفسه؛ لأننا نقول: أتى بجنس آخر من التصرف؛ لأن بيع العبد من نفسه إعتاق على مال، وشراء قبول العتق، فيكون مخالفاً فينفذ عليه؛ لأن الوكيل بشراء شيء معين ينفذ عليه عند المخالفة على ما بينا من قبل، وإن أطلق بأن قال: بعني نفسي، ولم يقل لى ولا لفلان: عتق أيضاً، لأن المطلق يحتمل الوجهين، فلا يقع امتثالاً بالشك، فيبقى التصرف واقعاً لنفسه. (الزيلعي والبحر)

(١) إن كان دراهم فدراهم، وإن كان دنانير فدنانير. (الطائفي)

(٢) قوله: "لا يعقد" أى لا يصح عقد الوكيل بالبيع والشراء مع من ترد شهادته له كأصله وفرعه وزوجه وزوجته وسيده وعبدته ومكاتبه وشريكه فيما يشتركانه عند الإمام.

وقالا: يجوز العقد بمثل العقد إلا في العبد والمكاتب؛ لأن التوكيل مطلق، ولا تهمة، إذ الأملاك متباينة، والمنافع منقطعة، بخلاف العبد الذي لا دين عليه؛ لأنه يبيع من نفسه؛ لأن ما في يد العبد للمولى، وكذا للمولى حق في كسب المكاتب، وينقلب حقيقة بالعجز، وله أن المواضع التهمة مستثناة عن الوكالات، وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة؛ لأن كل واحد منهم ينتفع بمال الآخر عادة، فصار بيعاً من نفسه من وجه. (المجمع)

(٣) قوله: "صح [يعنى] الوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير... إلخ" يعنى عند الإمام، وقالوا: لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه، ولا يجوز إلا بالدراهم والدنانير؛ لأن مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف؛ لأن التصرفات لدفع الحاجات، فتقيد بمواقعها، والمتعارف البيع بمثل الثمن والنقد،

أى شراء الوكيل

بين الناس

شراءه بمثل القيمة، وزيادة يتغابن فيها، وهو^(١) ما^(٢) يدخل
 تحت تقويم المقومين، ولو وكله ببيع عبد، فباع نصفه صح^(٣)،
 أى ولو وكله فى... إلخ شراءه مصدرية ظرفية أى النصف الباقي
 وفى الشراء^(٤) يتوقف ما لم يشتر الباقي، ولو رد المشتري المبيع

ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد والأضحية بزمان الحاجة، ففى الفحم بالشتاء، وفى الجمد بالصيف، وفى الأضحية بزمانها؛ ولأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه، وكذا المقايضة بيع من وجه شراء من وجه، فلا يتناول مطلق اسم البيع.

وله: أن التوكيل بالبيع مطلق، فيجرى على إطلاقه فى غير موضع التهمة، والبيع بالغبن الفاحش أو بالعين متعارف عند شدة الحاجة إلى ثمن، والتبرم من العين أى الملال والمسائل ممنوعة على قول أبى حنيفة ما هو المروى عنه، وأنه بيع من كل وجه حتى إن حلف ببيع يحنث به، غير أن الأب والوصى لا يملكانه مع أنه بيع؛ لأن ولا يتهما نظرية، ولا نظرية، والمقايضة شراء من كل وجه، وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما. (البحر)

(٤) قوله: "ويقيد أى يقيد شراء الوكيل بمثل القيمة حتى لا يجوز شراء بالغبن الفاحش، وهذا بالإجماع؛ لأن التهمة فيه متحققة، فله اشتراء لنفسه، فإذا لم يوافقه أحقه بغيره، أطلقه فشمّل ما إذا كان وكيلا بشراء شىء بعينه، فلا يملك الشراء بغبن فاحش، وإن كان لا يملك الشراء لنفسه؛ لأنه بالمخالفة يكون مشترياً لنفسه، فكانت التهمة باقية. (البحر بحذف والزيلعى)

(١) فلو قومه عدل بعشرة وآخر بثمانية وآخر بسبعة، فما بين السبعة والعشرة داخل تحت تقويم المقومين، أما الزائد فى الشراء والناقص فى البيع فلا. (الطائى)

(٢) أى الغبن الذى هو اليسير الذى لا يخلو عنه عقود الناس.

(٣) قوله: "صح" وقال: لا يصح إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصمه، وله أن التوكيل مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع، ألا ترى أنه لو باع كله بنصف قيمته يجوز، فإذا باع نصفه أولى. (الكشف)

(٤) قوله: "وفى الشراء" يعنى لو وكله بشراء عبد، فاشتري نصفه فالشراء موقوف اتفاقاً، فإن اشتري باقيه لزم الموكل؛ لأن شراء البعض قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن كان موروثاً بين جماعة، فيحتاج إلى شراء شقاً شقاً، فإذا اشترى الباقي قبل رد الأمر البيع تبين أنه وسيلة، فينفذ على هذا الأمر، وهذا بالاتفاق، والفرق لأبى حنيفة أن فى الشراء تتحقق التهمة على مامر، وآخر أن الأمر بالبيع يصادف ملكه، فيصح فيعتبر فيه إطلاقه، والأمر بالشراء صادف ملك الغير، فلم يصح، فلا يعتبر فيه التقييد والإطلاق. (البحر)

أقامها المشتري عليه من الوكيل حين توجه عليه اليمين وهو الموكل

على الوكيل بالبيع بالعيب بيينة أو نكول، رده^(١) على الأمر،

أى فى العيب الذى لا يحدث

وكذا^(٢) بإقرار فيما لا يحدث، وإن^(٣) باع بنسيئة، فقال:

أمرتك بنقد، وقال الأمور: أطلقت، فalcول للأمر،

وفى^(٤) المضاربة للمضارب، ولو أخذ^(٥) الوكيل بالثمن

وهو الوكيل لأن مبنى الوكالة على التفتيل للضارب

(١) قوله: "رده" لأن البينة حجة مطلقة، والوكيل مضطر فى النكول لبعده العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسة المبيع، فلزم الأمر، وكذا بإقرار فيما لا يحدث؛ لأن القاضى يثق بحدوث العيب فى يد البائع، فلم يكن قضاءه مستنداً إلى هذه الحجج.

وتأويل اشتراطها فى الكتاب أن القاضى يعلم أنه لا يحدث فى مدة شهر مثلاً، لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع، فيفتقر إلى هذه الحجج بظهور هذا التاريخ، أو كان عيباً لا يعرفه إلا النساء والأطباء، وقولهن وقول الطبيب حجة فى توجه الخصومة لا فى الرد، فيفتقر إليها فى الرد، حتى لو كان القاضى عاين البيع والعيب ظاهر، لا يحتاج إلى شىء منها، قيد بما لا يحدث؛ لأنه لو رده عليه بإقراره فيما يحدث فإنه يلزم المأمور؛ لأن الإقرار حجة قاصرة، وهو غير مضطر إليه لإمكانه السكون والنكول، إلا أن له أن يخاصم الموكل، فيلزم بيئته أو بنكوله، بخلاف ما إذا كان الرد بغير قضاء، والعيب يحدث مثله، حيث لا يكون له أن يخاصم بئعه؛ لأنه بيع جديد فى حق ثالث، والبائع ثالثهما، والرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضى، غير أن الحجة القاصرة وهو الإقرار، فمن حيث الفسخ كان له أن يخاصم، ومن حيث القصور لا يلزم الموكل إلا بحجة. (البحر)

(٢) أى وكذا الحكم فيما إذا رده المشتري على الوكيل بإقرار منه.

(٣) قوله: "وإن" أى الوكيل بالبيع باع نسيئة، فقال له الموكل: أمرتك أن تبيعه بنقد، وقال الوكيل: أمرتنى ببيعه مطلقاً، ولم تقل شيئاً، كان القول قول الموكل؛ لأن مبنى الوكالة على التقييد حتى لا تصح بدون بيان النوع بعد الجنس أو الثمن، ألا ترى أنه لو قال: وكلتك أن تشتري لى دابة لا يصح، ولو قال: وكلتك فى مالى ليس له إلا الحفظ، فإذا كانت مبنها على التقييد وهو استفاد من جهة الأمر، كان القول له، كما إذا أنكر الأمر أصلاً. (الزيلعى)

(٤) قوله: "وفى" أى باع المضارب نسيئة، فقال رب المال: أمرتك أن تبيعه بنقد، وقال المضارب: أطلقت كان القول للمضارب؛ لأن الأصل فى المضاربة العموم؛ لأن المضاربة للاسترباح والاسترباح فى العموم أكثر. (الزيلعى والكشف)

(٥) قوله: "ولو أخذ" أى لو وكل أحد أحدًا ببيع عبد مثلاً، فباعه الوكيل، وأخذ من المشتري رهناً بالثمن، فضاع الرهن فى يد الوكيل، أو أخذ بالثمن كفيلاً، فهلك المال على الوكيل، بأن مات كل من الكفيل والأصيل مفلساً لا يضمن الوكيل؛ لأن الوكيل أصيل فى قبض الثمن؛ لأنه من حقوق

الرهن أى أو أخذ كفيلاً أى هلك المال

رهناً فضاء، أو كفيلاً فتوى عليه لم يضمن، ولا يتصرف^(١)

إذا وكلهما معاً ف ك د لمعينة

أحد الوكيلين وحده إلا فى خصومة وطلاق

يرجع إلى الطلاق والعناق جميعاً

وعتاق بلا بدل، ورد وديعة، وقضاء دين، ولا يوكل^(٢) وكيل

من الموكل (ف ك) أى أو قال له: اعْمَلْ... إلخ (ف ك) الوكيل

إلا بإذن، أو باعمل برأيك^(٣)، فإن^(٣) وكل بلا إذن الموكل

العقد، والكفالة والارتهان استيثاق له، فله ذلك، بخلاف الوكيل بقبض الدين؛ لأنه نائب، وقد أنابه فى القبض لا فى الاستيثاق. (عز)

(١) قوله: "ولا يتصرف" أى إذا وكل رجل رجلين لا يجوز لأحدهما أن يتصرف منفرداً فيما وكلا، لا فى التصرفات التى سمّاها الشيخ، أما عدم جواز تصرف أحدهما فلأن الموكل رضى برأيهما لا برأى أحدهما، والبدل وإن كان مقدراً، ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأى فى الزيادة، واختيار المشتري.

أطلقه فشمّل ما إذا كان أحدهما حراً عاقلاً، والآخر عبداً، أو صبيّاً، أو محجوراً عليه لكنه مقيد بما إذا كان وكلهما بكلام واحد، أما إذا كان توكيلهما على التعاقب، فإنه يجوز لأحدهما الانفراد؛ لأنه رضى برأى كل واحد منهما على الانفراد وقت توكيله، فلا يتغير بعد ذلك، بخلاف الوصيين، فإنه إذا أوصى إلى كل منهما بكلام على حدة، لم يجز لأحدهما الانفراد فى الأصح؛ لأنه عند الموت صارا وصيين جملة واحدة، وفى الوكالة ثبت حكمهما بنفس التوكيل، وأما جوازه فى الخصومة فإن لأحدهما أن يخاصم وحده؛ لأنها وإن كانت تحتاج إلى الرأى إلا أن اجتماعهما على الخصومة والتكلم متعذر؛ لأنه يلتبس على القاضى، ويصير شغباً، فأما اجتماعهما على البيع فغير متعذر.

وأما جوازه فى الطلاق والعناق مجازاً فلأنه مما لا يحتاج إلى الرأى، وتعبير المثني فيه كالواحد، وأما جوازه فى ردّ وديعة فلأنه مما لا يحتاج إلى الرأى، فرد أحدهما كردهما، ولو قال: ورد عين لكان أولى، فإنه لا فرق بين ردّ الوديعة والعارية والمغضوب والمبيع فاسداً، وقيد بالرد احترازاً عن الاسترداد، فليس لأحدهما القبض بدون صاحبه، لإمكان اجتماعهما، وللموكل فيه غرض صحيح؛ لأن حفظ اثنين ليس كحفظ واحد، فإذا قبضه أحدهما ضمن كله؛ لأنه قبض بغير إذن المالك، وأما جوازه فى قضاء الدين فلأنه كرد الوديعة واقتضاء الدين، فلأنه كاسترداد الوديعة. (البحر مع زيادة وحذف وتصرف)

(٢) قوله: "ولا يوكل" يعنى ليس للوكيل أن يوكل أحداً فيما وكل فيه؛ لأنه فرض إليه التصرف دون التوكيل به، وهذا لأنه رضى برأيه، والناس مختلفون فى الآراء إلا أن يأذن له الموكل بوجود الرضاء، أو يقول له: اعْمَلْ برأيك؛ لإطلاق التفويض إلى رأيه. (البحر مع زيادة)

(٣) قوله: "فإن وكل" أى إن وكل الوكيل بغير إذن المولى عقد الوكيل الثانى بحضرة الوكيل، أو عقد للأجنبى بإجازة الوكيل الأول، جاز فيهما؛ لأن المقصود الموكل حضور رأيه، وقد حصل، وكذا لو

الوكيل الثاني أى بحضرة الوكيل الأول ^{بيعه الوكيل الأول إلى الوجهين (ز)}

فعقد بحضرته، أو باع أجنبى، فأجاز صح، وإن

واحد من هؤلاء

زوج عبد، أو مكاتب، أو كافر صغيرته الحرة المسلمة، أو باع

لها بما لها

لها، أو اشترى لم يجز^(١).

أى قبض الدين ونحوه

باب الوكالة بالخصومة^(٢) والقبض

أى الوكيل بقبض الخ

أى أخذ الدين

الوكيل بالخصومة والتقاضى لا يملك^(٣) القبض، وبقبض^(٤)

أى لا يملك الخصومة

أى الوكيل بقبض... الخ

س م ز ف ك د

الدين يملك الخصومة، وبقبض^(٥) العين لا، فلو برهن ذو اليد

عقد الوكيل الثانى بحضرة الوكيل الأول جاز من غير إجازة منه؛ لأن المقصود وهو حضور رأيه قد حصل بنفس العقد بإذنه، ولو قدر الأول الثمن للثانى جاز عقده فى غيبته لحصول المقصود باستعمال رأيه فى تقدير الثمن. (الزيلعى)

(١) قوله: "لم يجز" لأنه لا ولاية لهؤلاء، ألا ترى العبد لا يملك النكاح نفسه، فكيف يملك النكاح غير، وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم، ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم، ولا شهادة للعبد أصلاً، فالمكاتب عبد ما بقى عليه درهم. (الزيلعى بحذف)

(٢) لما كانت الخصومة مهجورة شرعاً آخر بابها، هى الدعوى الصحيحة والجواب الصريح بنعم أو لا.

(٣) قوله: "لا يملك" وهذا قول زفر؛ لأنه رضى بخصومة، والقبض غيرها، ولم يرض به، وعندنا هو وكيل بالقبض؛ لأن من ملك شيئاً ملك إتمامه، وتام الخصومة وانتهاءها بالقبض، والفتوى اليوم على قول زفر لظهور الخيانة فى الوكلاء، وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال. (البحر)

(٤) قوله: "وبقبض" أى الوكيل بقبض الدين يملك الخصومة حتى لو أقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل أو إبراءه تقبل، وكذا إذا جحد الغريم، فأقام الوكيل البينة عليه تقبل، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله، وقالوا: لا يكون خصماً، وهو رواية الحسن عنه؛ لأنه القبض غير الخصومة، فلم يكن الرضا به رضا بها، إذ ليس كل من يؤتمن على المال يهتدى إليها. (الزيلعى)

(٥) قوله: "وبقبض" أى الوكيل بقبض العين لا يملك الخصومة حتى لو أقام ذو اليد البينة على الوكيل بقبض العين أن الموكل باعه العين لم تقبل بينته إلا فى حق قصر يد الوكيل عن العين، فيتوقف حتى يحضر الغائب.

وكذا لو أقامت المرأة البينة على الوكيل بنقلها أن الزوج طلقها ثلاثاً، أو أقام العبد البينة على الوكيل بنقله أن المولى قد أعتقه لا تقبل فى حق وقوع الطلاق والعتاق، وتقبل فى حق قصر يد الوكيل عنهما

أى باع الشيء الذى يدعى الوكيل قبضه ^{على موكله}
 على الوكيل بالقبض أن الموكل باعه، وقف الأمر حتى يحضر
 وهو الموكل وكذا الحكم فى العتاق والطلاق ^{بغير الحدود والقصاص}
 الغائب، وكذلك العتاق والطلاق، ولو أقر الوكيل بالخصومة
 إقراره عليه، وينفذ عليه (زف ك د) س
 عند القاضى صح^(١)، وإلا لا^(٢)، وبطل^(٣) توكيل الكفيل
 بمال، ومن ادعى أنه وكيل الغائب فى قبض دينه فصدقه
 المراد بأمره غيره عليه. أى إلى مدعى الوكالة عن الغائب ^{على ذلك فلا كلام.}
 الغريم؛ أمر بدفعه^(٤) إليه، فإن حضر الغائب فصدقه
 أى وإن لم يصدقه. إلى الغائب الذى حضر. ^{أى بالدين الذى دفعه}
 وإلا دفع^(٥) إليه الغريم الدين ثانيًا، ورجع^(٦) به على

حتى يتوقف الأمر إلى أن يحضر الغائب، وهذا بالإجماع استحسانًا، والقياس أن يدفعه إلى الوكيل، لأن البينة قامت لا على الخصم، وجه الاستحسان أنه خصم فى قصر اليد، فتقتصر يده، فلو حضر الغائب تعاد البينة على البيع. (الزيلعى والكشف)

(١) قوله: "صح" ووجهه أن التوكيل صحيح، وصحته يتناول ما يملك وذلك مطلق الجواب بالإقرار والإنكار دون أحدهما عينًا، فينصرف إليه تحريًا للصحة، وصحح أبو يوسف رحمه الله إقراره مطلقًا، وأبطله زفر رحمه الله مطلقًا وهو القياس؛ لأنه وكيل بالمنازعة، والإقرار مسالمة، والأمر بالشيء لا يتناول ضده. (الطحاوى)

(٢) قوله: "وإلا لا" أى وإن أقر عند غير القاضى لا يصح إقراره، وعند أبى يوسف يصح؛ لأن إقرار الموكل لا يختص بمجلس القضاء، فكذا إقرار وكيله، ولهما أن الظاهر إتيانه بالمستحق عند طلب المستحق، وهو الجواب فى مجلس القضاء، فيختص به لكن إذا أقيمت البينة على إقراره فى غير مجلس القضاء يخرج عن الوكالة حتى يدفع المال إليه؛ لأنه صار مناقضًا. (الكشف)

(٣) قوله: "بطل" معناه إذا كان لرجل دين على رجل كفيل به رجل، فوكل الطالب الكفيل بقبض ذلك الدين من الذى عليه الأصل، لم يصح التوكيل؛ لأن الوكيل هو الذى يعمل لغيره، ولو صححا هذه الوكالة صار أملاً لنفسه ساعيًا فى براءة ذمته، فأنعدم الركن فبطل. (الزيلعى)

(٤) لأنه أقر على نفسه؛ لأن ما يقبضه خالص ماله.

(٥) قوله: "ودفع" لأنه إذا صدقه ظهر أنه كان وكيلًا له، وقبض الوكيل قبض الموكل، فتبرأ ذمته، وإن كذبه لم يصر مستوفيًا بالقبض؛ لأنه لم تثبت وكالة، والقول قوله فى ذلك مع يمينه؛ لأنه منكر، ولا يكون قولهما حجة عليه، فيأخذ منه الدين ثانيًا. (الزيلعى)

(٦) قوله: "ورجع" أى رجع الغريم بما قبضه الوكيل إن كان باقياً فى يده؛ لأنه ملكه، وانقطع حق

أى لو كان الذى قبضه باقياً فى يده. أى المقبوض فى يد الوكيل أى لا يرجع عليه بشئ
 الوكيل لو باقياً، وإن^(١) ضاع لا، إلا^(٢) إذا ضمنه عند
 إلى الوكيل معطوف على ضمنه بأن سكت أو كذب أى الدين أى إلى مدعى الوكالة
 الدفع، أو لم يصدقه^(٣) على الوكالة، ودفعه إليه على
 أى إلى مدعى الوكالة أى ودیعة فلان مثلاً
 ادعاءه، ولو قال^(٤): إني وكيل بقبض الوديعة،
 على الوكالة وإجماعاً أى إلى مدعى الوكالة أى الحكم
 فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع إليه، وكذا^(٥) لو ادعى
 أى شراء الوديعة من صاحبها المودع بكسر الدال ولا وارث له غيره
 الشراء وصدقه، ولو ادعى أن المودع مات، وتركها ميراثاً له،
 الطالب عنه، ولم يبق الاحتمال فيه، حيث قبض دينه منه ثانياً. (الزيلعى)

(١) قوله: "وإن" أى ضاع المقبوض فى يد الوكيل فلا رجوع عليه؛ لأنه بتصديقه اعترف أنه محق فى القبض، وهو مظلوم فى هذا الأخذ والمظلوم لا يظلم غيره، وأورد عليه أن أحد الابنين إذا صدق المديون فى دعواه الإيفاء للميت، وكذبه الآخر، ورجع المكذب عليه بالنصف، فإن للمديون الرجوع على المصدق بالنصف إن كان للميت تركه غير الدين مع أنه فى زعمه أن المكذب ظالم، وأجيب بأن الرجوع على المصدق لكونه أقر على أبيه بالدين. (البحر)

(٢) قوله: "إلا" أى إلا أن يضمن الغريم الوكيل فحيث إن يرجع الغريم على الوكيل؛ لأن الضمان موجب، ويجوز فى قوله: ضمنه التشديد والتخفيف، فمعنى التشديد أن يضمن الغريم الوكيل، ومعنى التخفيف أن يضمن الوكيل المال الذى أخذه منه.
 وصورة هذا الضمان أن يقول الغريم للوكيل: نعم أنت وكيله لكن لا آمن أن يجحد الوكالة، ويأخذ منى ثانياً، ويصير ذلك ديناً عليه؛ لأنه أخذه منى ظلماً، فهل أنت كفيل عنه بما يأخذه منى ثانياً، فيضمن ذلك المأخوذ، فيكون صحيحاً على هذا الوجه؛ لأنه مضاف إلى سبب الوجوب، وهو كقوله: ما غصبك فلان فعلى أو ما ذاب لك عليه فعلي، كان ما أخذه الطالب ثانياً غصباً، وأما ما أخذه الوكيل فلا يجوز أن يضمنه؛ لأنه أمانة فى يده لتصادقهما على أنه وكيل، والأمانات لا تجوز بها الكفالة. (الزيلعى)

(٣) قوله: "أو لم يصدقه" أى إذا لم يصدقه، فإنه يرجع عليه؛ لأنها إنما دفع له على رجاء الإجازة، فإذا انقطع رجاءه رجع عليه. (البحر)

(٤) قوله: "ولو قال" أى لو كان مكان الدين الوديعة فى المسألة المذكورة بأن ادعى رجل وكالة بقبض الوديعة عند زيد مثلاً، فصدقه زيد، وقال نعم أنت وكيله بقبض الوديعة، ولا يخبر المودع بدفع ما عنده من الوديعة؛ لأنه إقرار بمال الغير، بخلاف الدين إذا الديون تقضى بأمثالهما. (عز)

(٥) قوله: "وكذا" يعنى لو ادعى رجل شراء الوديعة، وصدقه المودع لم يؤمر بالدفع إليه؛ لأن إقراره على الغير غير مقبول. (الزيلعى)

بفتح الدال المودع الودعة إلى المدعي المذكور
 وصدقه دفع إليه،^(١) فإن وكله^(٢) بقبض ماله، فادعى الغريم
 أن رب المال أخذه دفع المال، واتبع^(٣) رب المال
 واستحلفه، وإن وكله^(٤) بعيب في أمة، فادعى البائع رضا
 المشتري، لم يرد عليه حتى يحلف المشتري، ومن دفع إلى
 رجل عشرة لينفقها على أهله، فأنفق عليهم عشرة من عنده،
 فالعشرة بالعشرة^(٥).

(١) لأنه ملكه قد زال بموته، واتفقا أنه مال الوارث، فيدفعه إليه.

(٢) قوله: "فإن وكله" أى رجل وكل رجلاً بقبض دين له على غريمه، فقال الغريم للوكيل: إن رب المال أخذه منى، يجبر على دفع المال إلى الوكيل؛ لأن وكالته تثبت بقوله: أخذه رب المال إذ لم ينكر الوكالة، وإنما ادعى الإيفاء، وفي ضمن دعواه إقرار بالدين وبالوكالة، وهذا لأنه لو لم يكن هو محققاً عنده في طلب الدين لما اشتغل بذلك، فصار كما إذا طلب منه الدين، فقال: أوفيتك فإنه يكون إقراراً بالدين، فإذا كان تثبت الوكالة في زعمه، ولم يثبت الإيفاء بمجرد دعواه، فيؤمر بالدفع إليه، كما لو أقر بالوكالة صريحاً. (الزيلعي)

(٣) قوله: "واتبع" أى الغريم يتبع رب المال، فيستحلفه؛ لأن قبضه يوجب براءة ذمته، والطالب لو أقر به لزمه، فيستحلف عند العجز عن إقامة البينة. (الزيلعي)

(٤) قوله: "وإن وكله" أى وكله برد جارية بسبب عيب فيها، فقال البائع: المشتري رضى بالعيب، لا يرد على البائع حتى يحلف المشتري، بخلاف مسألة الدين؛ لأن التدارك ممكن هناك باسترداد ما قبضه الوكيل إذا ظهر الخطأ عند نكوله، ولا يمكن ذلك في العيب؛ لأن القضاء بالفسخ نافذ ظاهراً وباطناً عند أبى حنيفة رحمه الله، فيصح القضاء، ويلزم، ولا يستحلف المشتري بعد ذلك؛ لأنه لا يفيد، إذ لا يجوز فسخ القضاء، وفي مسألة الدين ليس فيه قضاء، وإنما فيه الأمر بالتسليم، فإذا ظهر الخطأ فيه أمكن نزع منه، ودفعه الأمر إلى الغريم من غير نقض القضاء. (الزيلعي)

(٥) قوله: "بالعشرة" لأن الوكيل بالإنفاق وكيل بالشراء وحكمه كذلك، قيل هذا استحسان، وفي القياس وهو قول الأئمة الثلاثة ليس له ذلك، فيصير متبرعاً؛ لأنه خالف أمره، وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين؛ لأنه ليس بشراء، وأما الإنفاق فيتضمن للشراء، فلا يدخلانه، كما في الإصلاح، وظاهر كلامه أنه أنفق دراهمه مع بقاء دراهم الموكل، ولذا قال في "النهاية": هذا إذا كانت عشرة الدافع قائمة وقت الإنفاق، وكان يضيف العقد إليهما، أو يطلق، أما إذا كانت مستهلكة، أو

الإضافة من إضافة المصدر إلى فاعله أو مفعوله

باب^(١) عزل الوكيل

أى يغير على الوكيل ف ك الوكيل بجر عطفاً على قوله: عزله

وتبطل^(٢) الوكالة بعزله إن علم به وموت أحدهما وجنونه

أضاف العقد إلى عشرة نفسه يصير مشترياً لنفسه متبرعاً بالإفراق؛ لأن الدراهم تتعين فى الوكالة .
(المجمع)

(١) قوله: "باب" آخر العزل عن الوكالة لما أنه يقتضى سبق ثبوتها وهو رافعها، فناسب ذكره
آخرًا. (الطحطاوى)

(٢) قوله: "وتبطل" أى تبطل الوكالة بهذه العوارض التى فصلها الشيخ، أما بطلان الوكالة إذ
عزله الموكل فلأن الوكالة حق الموكل فله أن يبطله متى شاء، واشترط علم الوكيل بعزل الوكيل؛ لأن فى
العزل إضراراً به من حيث إبطال ولايته، ومن حيث رجوع الحقوق إليه، فينقد من مال الموكل، أو يسلم
المبيع، فيضمن فيتضرر.

وأما بطلانها بموت الموكل أو بموت الموكل، وبجنون الموكل، أو الوكيل فلأن التوكيل تصرف غير
لازم، فيكون لدوامه حكم ابتداءه، فلا بد من قيام الأمر، وقد بطل بهذه العوارض، وشرط الإطباق فى
الجنون؛ لأن قلبه كالإغماء، وحده شهر عند أبى يوسف لسقوط الصوم به، وعنه أكثر من يوم وليلة
لسقوط الصلوات الخمسة، وقال محمد: حول كامل لسقوط جميع العبادات، فقدّر به احتياطاً، ولا
يتوقف على العلم.

وأما بطلانها إذا لحق الموكل أو الوكيل مرتداً، وحكم بلحاظه، فإنه فى حكم الأموات، قيّدنا بالحكم
بلحاظه؛ لأن تصرفات المرتد قبل اللحق موقوفة عنده، فكذا وكالته، فإن أسلم أنفذ، وإن قتل أو لحق
بدار الحرب بطلت الوكالة، فأما عندهما فتصرفاته نافذة، فلا تبطل وكالته إلا أن يموت، أو يقتل على
ردته، أو يحكم بلحاظه.

وأما بطلانها إذا افترق الشريكان، وإن لم يعلم الوكيل فلأنه عزل حكمى، والعزل الحكمى لا
يشترط فيه العلم.

وأما بطلانها إذا عجز الموكل وكان مكاتباً أو كان مأذوناً فصار مهجوراً، فلما ذكرنا من أن قيام
الوكالة يعتمد قيام الأمر، وقد بطل بالحجر والعجز علم أو لم يعلم، أطلقه وهو مقيد بما إذا كان وكيلاً
فى العقود والخصومات، وأما الوكيل فى قضاء الدين واقتضائه فلا يتعزل بهما؛ لأنهما يوجبان الحجر
عن إنشاء التصرف لا عن قضاء الدين واقتضائه، فكذا لا يوجب عزل وكيله، وكذا الوكيل بقبض
الوديعة لم ينعزل بعجزه وحجره.

وأما بطلانها إذا تصرف الموكل بنفسه فيما وكل فيه، فلانقضاء الحاجة أطلقه، وهو مقيد بتصرف
يعجز الوكيل عن التصرف معه لما لو وكله بإعتاق عبده، أو بكتابته فأعتق، أو كاتبه الموكل بنفسه أو غير
ذلك، وأما ما لا يعجز عنه فلا تبطل به، كما لو طلقها واحدة، والعدة باقية، فللوكيل أن يطلقها
أخرى. (محمد إعزاز على غفر له)

مستوعباً أى ويبطل أيضاً بلحوقه... إلخ (مردم) بالجر أيضاً أى وتبطل أيضاً بافتراق... إلخ
 مطبقاً، ولحوقه مرتداً، أو افتراق الشريكين، وعجز
 أى لو كان الموكل مكاتباً أى بالحجارة أى لو كان الموكل عبداً مأذوناً
 موكله لو مكاتباً، وحجره^(١) لو مأذوناً، وتصرفه بنفسه.

(١) أى تبطل الوكالة بحجر.

كتاب^(١) الدعوى^(٢)

أى أن يدعى الشيء إلى نفسه أى فى حالة الخصومة
 هى إضافة الشيء إلى نفسه حالة^(٣) المنازعة،
 اسم فاعل من ادعى يدعى وأصله مدعى دعواه لإجبر عليه أى بخلافه المدعى
 والمدعى^(٤) من إذا ترك ترك، والمدعى عليه بخلافه،
 ولا^(٥) يصح الدعوى حتى يذكر شيئاً علم جنسه وقدره،
 بالإجماع المدعى

(١) لا يخفى مناسبتها للوكالة بالخصومة، وهى أن الوكيل بالخصومة، بل وغيرها قد يحتاج إليها.

(٢) قوله: "الدعوى" هى لغة قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره، وألفها للتأنيث، فلا تنون وجمعها دعاوى - بفتح الواو - كفتوى وفتاوى، لكن جزم فى "المصباح" بكسرها أيضاً فيهما محافظة على ألف التأنيث، وشرعاً ما بينه الشيخ. (الدرمع زيادة)

(٣) قوله: "حالة" وأما حالة المسألة فدعوى لغة لا شرعاً، ونظيره ما فى "البرازية" عين فى يد رجل يقول: هو ليس لى، وليس ثمة منازع لا يصح نفيه، فلو ادعاه بعده لنفسه صح، وإن كان ثمة منازع، فهو إقرار بالملك للمنازع، فلو ادعاه لنفسه بعده لا يصح، وعلى رواية الأصل لا يكون إقراراً له بالملك. (الكشف)

(٤) قوله: "والمدعى" أى المدعى من لا يجبر على الخصومة إذا تركها، والمدعى عليه من يجبر على الخصومة إذا تركها، ومعرفة الفرق بينهما من أهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى، وقد اختلفت عبارات المشايخ فيه، فمنها ما فى الكتاب وهو بعد عام صحيح. (البحر)

(٥) قوله: "ولا" أى الدعوى إنما تصح بذكر شيء علم جنسه، أى جنس المدعى، بأن يقال: حنطة مثلاً، وقدره بأن يقال: كذا كيلاً؛ لأن فائدة الدعوى الزام بواسطة الإشهاد، ولا يتحقق الإشهاد ولا إلزام فى المجهول.

وفى "شرح الوقاية": هذا فى دعوى الدين لا فى دعوى العين، فإن العين إن كانت حاضرة تكفى الإشارة بأن هذا ملك لى، وإن كانت غائبة يجب أن يصفها، ويذكر قيمتها... اهـ.

وقيل: لا يشترط ذكر القيمة، وإليه مال القاضى فخر الدين وصاحب "الذخيرة"، وكذا ذكر فى عامة الكتب أنه يسمعون دعواه بدون القيمة؛ لأن الإنسان ربما لا يعرف قيمة ماله، فلو كلف بياناً لتضرر به. (شرح النقاية)

فإن كان عينا في يد المدعى عليه كلف^(١) إحضارها ليشير^{المدعى}
 أي وكذا يشترط إحضارها في أداء الشهادة^{المدعى}
 إليهما بالدعوى، وكذا في الشهادة والاستحلاف^(٢)، فإن^(٣)
 تعذر ذكر قيمتها، فإن ادعى عقارا ذكر^(٤) حدوده،
 لأن للأكثر حكم الكل^{من الحدود} وأسماء^(٦) أصحابها، ولا
 أي أب الأب أي جد كل واحد من أصحاب الحدود^{الرجل} بين الناس^{وأنسابهم} وأنه^(٨) في
 بد^(٧) من ذكر الجد إن لم يكن مشهوراً، وأنه^(٨) في

(١) قوله: "كلف" لأن الإعلام بأقصى ما يمكن شرط، وذلك بالإشارة بعد الإحضار فيما يمكن إحضاره من المنقول، وإن لم يكن كالرعى حضر الحاكم، أو بعث أمينه. (الزيلعي)

(٢) أي استحلاف المدعى عليه عند عدم النية.

(٣) قوله: "فإن" أي وذكر قيمته إن تعذر إحضاره بأن كان هالكاً أو غائباً ليصير المدعى معلوماً؛ لأن الشيء يعلم بقيمته؛ لأنها مثله معنى. (شرح النقاية)

(٤) قوله: "ذكر" لأنه تعذر التعريف بالإشارة لتعذر النقل، فيصار إلى التجديد، كما يشترط التجديد في الدعوى يشترط في الشهادة. (البحر)

(٥) أي كفى ذكر ثلاثة من الحدود. (الزيلعي)

(٦) قوله: "وأسماء" أي ذكر أسماء أصحاب الحدود؛ لأن التعريف يحصل بذلك، وذكر أنسابهم لتمييزوا عن غيرهم. (الزيلعي)

(٧) قوله: "ولا بد" أي لا بد من ذكر الحدود إن لم يكن الرجل مشهوراً بين الناس، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن تمام التعريف يحصل به في الصحيح من مذهبه، وإن كان الرجل مشهوراً يكتفى بذكره لحصول المقصود به. (الزيلعي)

(٨) قوله: "وأنه" [بافتتح عطف على قوله: وذكر حدوده] أي وذكر المدعى أن المدعى به في يد المدعى عليه؛ لأنه إنما يصير خصماً بكونه في يده، فإن لم يكن في يده فلا خصومة بينهما، وإنما جعلت الضمير عائداً إلى المدعى الشامل للمنقول والعقار ولم أخصصه بالعقار، كما فعل الشارح لكونه شرطاً فيهما، وفي المنقول يجب أن يقول في يده بغير حق، إذ الشيء قد يكون في يد غير المالك بحق، كالرهن في يد المرتهن. (البحر)

أى يد المدعى عليه
يده، ولا يثبت^(١) اليد في العقار بتصادقهما^(٢)، بل ببينة، أو

علم قاضٍ، بخلاف المنقول، وأنه^(٣) يطالبه به، وإن كان

دينا ذكر وصفه^(٤)، وأنه يطالبه به، فإن^(٥) صحت الدعوى

سأل المدعى عليه^(٦) عنها، فإن أقر^(٧)، أو أنكر فبرهن المدعى

قضى عليه، وإلا^(٨) حلف بطلبه، ولا يرد^(٩) يمين على مدّع

(١) قوله: "ولا يثبت" اليد فيه بتصادق المدعى والمدعى عليه أن العقار في يد المدعى عليه؛ لأن اليد فيه غير مشاهدة، ولعله في يد غيرهما تواضعاً فيه، ليكون لهما ذريعة إلى أخذه بحكم الحاكم، فلا بد من إقامة البينة فيه، أو علم القاضى لتتنفى تهمة المواضعة، بخلاف المنقول؛ لأن اليد فيه معاينة، فلا حاجة إلى اشتراط الزيادة. (الزبلى)

(٢) أى بتصادق المدعى والمدعى عليه بأن العقار في يد المدعى عليه.

(٣) قوله: "وأنه [بالتفتح أيضاً أى وذكر للقاضى أن... إلخ]" أى وذكر المدعى أنه يطالب المدعى عليه؛ لأن المطالبة حقه، فلا بد من طلبه، ولأنه يحتمل بغير الطلب أن يكون مرهوناً في يده، أو محبوباً بالثمن في يده، وإنما يزول هذا الاحتمال بالمطالبة. (البحر)

(٤) لأن لا بد من تعريفه وهو بالوصف.

(٥) قوله: "فإن" أى وإذا صحت الدعوى سأل القاضى الخصم، وهو المدعى عليه عنها، أى عن الدعوى التى ادعاها لينكشف له وجه الحكم فيها؛ لأن القضاء بالبينة يخالف القضاء بالإقرار. (شرح النقاية)

(٦) ويقول: إنه ادعى عليك كذا، فما ذا تقول؟

(٧) المدعى عليه بما يدعيه المدعى.

(٨) قوله: "وإلا [أى وإن لم يقر المدعى عليه، أو لم يبرهن المدعى]" أى وإن لم يكن للمدعى بينة حلف القاضى المدعى عليه بطلب المدعى لقوله عليه السلام: للمدعى لك بينة، فقال: لا، فقال: لك يمينه، سأل ورتب اليمين على فقدان البينة، فلا بد من السؤال ليمكنه الاستحلاف، ولا بد من طلبه اليمين؛ لأن اليمين حقه، قيد بتحليف القاضى؛ لأن المدعى عليه لو حلف بطلب المدعى يمينه بين يدي القاضى من غير استحلاف القاضى، فهذا ليس بتحليف؛ لأن التحليف حق القاضى. (البحر)

(٩) قوله: "ولا يرد" وقال مالك والشافعى: لا يقضى بالنكول، بل يرد اليمين على المدعى؛

وهو الذى لا يذكر له سبب ^{فك} ولا بينة^(١) لذى اليد فى الملك المطلق، وبينه الخارج أحق،
 المدعى عليه ^{مثال للنكول صراحة} مثال للنكول دلالة
 وقضى^(٢) له إن نكل مرة بلا أحلف أو سكت،

لأن النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة، والترفع عن الصادقة، كما فعله عثمان، ويحتمل أن يكون لاشتباه الحال، ومع هذا الاحتمال لا يكون حجة، ويمن المدعى دليل الظهور، كما كانت يمين المدعى عليه، فيصار إليه.

ولنا ما فى "الصحيحين": عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم لكن البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه»، وفى رواية: «اليمين على من أنكر»، وفى رواية البيهقى: عن ابن عمر بلفظ المدعى عليه لمولى باليمين إلا أن يقوم عليه البينة، ووجه الدلالة أنه ﷺ قسم، والقسمة تنافى الشركة، فدل على أن جنس الأيمان فى جانب المدعى عليه، ولا يمين فى جانب المدعى، إذ الألف واللام لاستغراق الجنس، فمن جعل بعض الأيمان حجة للمدعى، فقد خالف هذا الحديث الذى تلقته الأمة بالقبول حتى صار فى حيز التواتر.

وقد ادعى بعض أهل الأصول أنه مخالف لقوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ﴾ الآية، فيكون مردوداً، وروى ابن أبى شيبة فى "مصنفه" عن سالم: أن ابن عمر باع غلاماً له بثلاث مائة درهم، فوجد به المشتري عيباً، فخاصم إلى عثمان، فقال له عثمان: تحلف إنك بعته بالبراءة، فأبى أن يحلف، فرده عثمان عليه.

وروى أيضاً عن ابن أبى مليكة عن ابن عباس أنه أمره أن يستحلف امرأة، فأبت أن تحلف، فألزمها، وروى أيضاً عن الحارث قال: نكل رجل عند شريح عن اليمين، فقضى شريح عليه، فقال الرجل: أنا أحلف، فقال شريح: قد مضى قضائى، ويبنى على هذا التنازع القضاء بشاهد ويمين.

وقال مالك والشافعى وأحمد: يقضى بهما لما روى مسلم عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قضى بشاهد ويمين، وأجيب بأنه منقطع، وقال الترمذى فى "علله الكبير": سألت محمداً عن هذا الحديث، فقال: إن عمرو بن دينار لم يسمعه من ابن عباس، ولو سلم، فمثل هذه العبارة لا تقيد العموم؛ لأن الحجة فى المحكى لا فى الحكاية، إذ المحكى قد يكون خاصاً. (شرح النقاية)

(١) قوله: "ولا بينة" أى لا تقبل بينة ذى اليد فى الملك المطلق، وإن أقاما بينة فبينه الخارج أولى، وقال الشافعى: يقضى بينة ذى اليد لاعتضاها باليد، فيتقوى الظهور، فصار كالنتاج والنكاح وذى الملك مع الإعتاق، والاستيلاء والتدبير، ولنا أن بينة الخارج أكثر إثباتاً وإظهاراً؛ لأن قدر ما أثبتته اليد لا يثبت بينة ذى اليد، إذ اليد دليل مطلق الملك، بخلاف النتاج لأن اليد لا تدل عليه، وكذا على الإعتاق وأختيه، وعلى الولاء الثابت بها. (البحر والزيلعى)

(٢) قوله: "وقضى [من بينة ذى اليد، إن أقاما البينة فى الملك لسبب]" أى قضى للمدعى إن نكل المدعى عليه مرة صريحاً بقوله: لا أحلف، أو دلالة بسكونه، ويجوز أن تكون اللام فى قوله: وقضى له بمعنى على أى قضى على المدعى عليه، واللام تأتى بمعنى على، قال الله تعالى: ﴿إِنْ أَحْسَنْتُمْ أَحْسَنْتُمْ لِأَنْفُسِكُمْ وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا﴾ أى فعلها؛ لأن النكول دل على كونه باذلاً أو مقراً، إذ لو لا ذلك لأقدم

القاضى على المدعى عليه أى ثلاث مرات استحجاباً س م المدعى عليه
وعرض^(١) اليمين ثلاثاً ندباً، ولا يستحلف^(٢) فى نكاح^(٣)
بفتحهم فاء وسكون ياء فهزيمة إلى رجوع. (س م) س م يكن ادعى رجل على آخر أنه ولده (س م) س م
ورجعة^(٤) وفىء^(٥) واستيلاد ورق^(٦) ونسب^(٧) وولاء^(٨)

على اليمين إقامة للواجب دفعا للضرر عن نفسه، فترجح هذا الجانب، ولا وجه لرد اليمين لما قدمناه.
(الزيلعى والبحر)

(١) قوله: "وعرض" أى وعرض القاضى على وجه الاستحجاب بأن يقول له القاضى: إني أعرض عليك ثلاثاً، فإن حلفت وإلا قضيت عليك بما ادعاه، وهذا الإنذار لإعلامه بالحكم، إذ هو موضع الخفاء، وتكرار العرض لزيادة الاحتياط، والمبالغة فى إبداء العذر، وأما للذهب فإنه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز، وهو الصحيح، والأول أولى. (البحر)

(٢) قوله: "يستحلف" وقال أبو يوسف ومحمد: يحلف فى ذلك كله إلا فى الحد واللعان؛ لأبى يوسف ومحمد أن فائدة الحلف ظهور الحق بالنكول، والنكول إقرار لا بذر؛ لأنه يجوز ممن لا يجوز البذر منه، كالمكاتب والعبد المأذون فى التجارة، والإقرار يجرى فى هذه الأسماء، فيجرى الاستخلاف فيها، لكنه إقرار فيه شبهة، والحدود تندرى بالشبهات واللعان فى معنى الحدود، ولأن هذه حقوق تثبت مع الشبهة فيجرى فيها الاستخلاف كالأموال، بخلاف الحدود واللعان.

ولأبى حنيفة أن النكول بذر وإباحة تقطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم؛ لأن اليمين لا تبقى واجبة مع النكول، وما كان كذلك فهو إما بذر وإقرار، لكن كونه بذلاً أولى لثلاث يصير كاذباً بالإنكار السابق، ولهذا لا يجوز إلا فى مجلس القاضى، وبقضائه، ولو كان إقراراً لجاز مطلقاً بدون القضاء، وهذه الأشياء لا يجرى فيها البذر والإباحة.

ألا ترى لو قال رجل: أنا حر، ودفعت نفسى إلى هذا يسترقنى، أو قال: أنا ابن فلان وأبحت لهذا أن يدعى نسبى، أو قالت امرأة لست بزوجة لهذا، وأبحت نفسى له، لا يصح، فلا يقضى فيها بالنكول، وإنما جاز من المكاتب والعبد والصبي والمأذون لهما لأن فيه ضرورة، فيدخل تحت الإذن فى التجارة، كما يدخل الضيافة والهدايا واليسيرة، إذ لا بد للتجارة من ذلك. (الشمى)

(٣) بأن ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها وأنكرت، أو بالعكس.

(٤) بأن ادعى بعد الطلاق وانقضاء العدة أنه راجع فيها وأنكره، أو بالعكس.

(٥) بأن ادعى بعد مدة الإيلاء أنه فاء إليها فى المدة، وأنكرت، أو بالعكس. (شرح النقاية)

(٦) بأن ادعى رجل على مجهول أنه عبده، أو ادعى المجهول ذلك.

(٧) بأن ادعت أمة على مولاهما أنها أم ولد له، وهذا ابنه منه، فأنكر المولى، ولا يتأتى العكس؛ لأن المولى إذا ادعى أنها أمة له يثبت الاستيلاد بإقراره، ولا يلتفت إلى إنكارها. (شرح النقاية)

(٨) بأن ادعى رجل على آخر أن له عليه ولاء إعتاق وموالة، أو بالعكس. (شرح النقاية)

بأن ادعى على آخر ما يوجب الحد وأنكر المعروف بـ "قاضي خان" صاحب الفتاوى أي الشأن

وحدٍ ولعان^(١)، قال القاضي الإمام فخر الدين: الفتوى على أنه

يُستحلف المنكر في^(٢) الأشياء الستة، ويستحلف^(٣) بالله ما أخذ أو ماله عليه هذا المال عن اليمين المسروق وإن أقر بها قطعده

السارق، فإن نكل ضمن، ولم يقطع، والزوج^(٤) إذا

ادّعت المرأة طلاقاً قبل الوطء، فإن نكل ضمن نصف المهر، أي ويستحلف أيضاً منكر القصاص عن اليمين أي في قتل النفس سبباً كد وجاحد^(٥) القود، فإن نكل في النفس حبس حتى يقر،

(١) بأن ادعت امرأة على زوجها أنه قذفها بما يوجب اللعان وأنكر. (شرح النقاية)

(٢) قوله: "في" فإن قلت: المذكور تسعة أشياء، قلت: قد ذكرنا أن الحد واللعان مجتمع عليهما، فبقيت سبعة، ولكن الاستيلاء ملحق بها؛ لأن الدعوى فيه دعوى النسب، أو دعوى الرق، فيبقى ستة، وهي المختلف فيها. (العيني)

(٣) قوله: "ويستحلف" لأن المنوط بفعله شيان الضمان، ويعمل فيه النكول، والقطع لا يثبت به، فصار كما إذا شهد عليها رجل وامرأتان، قيد بحد السرقة؛ لأنه لا يستحلف في غيره من الحدود إجماعاً، ولو كان حد القذف إلا إذا تضمن حقاً، بأن علق عتق عبده بالزنا، وقال: إن زنيته فأنت حر، فادعى العبد أنه قد زني □ ولا بينة عليه، يستحلف المولى حتى إذا نكل ثبت العتق دون الزنا. (البحر)

(٤) قوله: "والزوج [أي ويستحلف الزوج بالرفع عطف على السارق]" أي يستحلف الزوج إذا ادعت المرأة ذلك، وهذا بالإجماع؛ لأن الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم، لا سيما إذا كان المقصود هو المال، أشار المؤلف إلى أن الاستحلاف في المواضع السابقة يجري عند دعوى المال، فيحلف في النكاح إذا ادعت هي الصداق؛ لأنه دعوى المال، ثم يثبت المال بنكوله، ولا يثبت النكاح به، وبه علم أنه لا فائدة في تقييد المؤلف المسألة بالطلاق قبل الدخول، إذ لا فرق بين أن يكون قبل الطلاق، أو بعده قبل الدخول، أو بعده في الاستحلاف، كما في "النهاية".

ولا فرق بين أن تدعى المهر، أو نفقة العدة، كما في "الخاتمة" وكذا في النسب إذا ادعى حقاً كالإرث، والحجر في اللقيط، والنفقة، وامتناع الرجوع في الهبة؛ لأن المقصود في هذه الحقوق هو المال، وبيان صور هذه الأربعة في "النهاية". (البحر والزيلعي)

(٥) قوله: "وجاحد" أي يستحلف جاحد القصاص، فإن نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر، ولا يقتصر منه، وفيما دون النفس يقتصر منه، وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: لزمه الأرض فيهما؛ لأن النكول إقرار فيه شبهة عندهما، فلا يثبت فيه القصاص، ويجب به المال خصوصاً إذا كان امتناع القصاص بمعنى من جهة من عليه، كما إذا أقر بالخطأ، والمولى يدعى العمد. وله أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال، فيجرى فيها البذل، بخلاف الأنفس، فإنه لو قال:

أي وإن كان نكوله فيما دون قتل النفس بنكوله ^{و س م}
أو يحلف، وفيما دونه يقتص.

ولو قال المدعى: لى بينة حاضرة، وطلب اليمين، لم ^{من خصمه}
يستحلف^(١)، وقيل^(٢) لخصمه: أعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام،
فإن^(٣) أبى لازمه^(٤)، أى دار معه حيث سار، ولو غريباً لازمه
قدر مجلس القاضى، واليمين بالله تعالى^(٥) لا بطلاق وعتاق
إلا^(٦) إذا ألح الخصم، وتغلظ^(٧) بذكر أوصافه، لا^(٨) بزمان ^{أى أنكره بالغ فيحلف بهما}
^{أى البين المعتبر أن يحلف بالله الخ} ^{أى ليس اليمين بطلاق... الخ} ^{ف ك د}

اقطع يدى فقطعه، لا يجب الضمان، وهذا إعمال للبذل، إلا أنه لا يباح لعدم الفائدة، وهذا البذل مفيد
لاندفاع الخصومة به، فصار كقطع اليد للأكلة، وقلع السن للوجع، وإذا امتنع القصاص فى النفس
واليمين حق مستحق يجبس به، كما فى الثانية. (الزىلعى والبحر)

(١) قوله: "لم يستحلف" لأن ثبوت الحق فى اليمين مرتب على العجز عن إقامة البيّنة، فلا
تكون حقه دونه، خلافاً لهما؛ لأن اليمين حقه بالحديث، فإذا طالبه به يجيبه، ولو حاضرة فى مجلس
الحكم، لم يحلف اتفاقاً، ولو غائبة عن المصر حلف اتفاقاً، وقدر فى "المجتبى" بمدة السفر. (الدرّ
والطحاوى مع تصرف)

(٢) قوله: "وقيل" كيلا يغيب نفسه، فيضيع حق المدعى، والقياس أن لا يكفل قبل إقامة البيّنة
لعدم تعلق حق المدعى حينئذ، وهو مذهب الشافعى، والتقدير بثلاثة أيام مروي عن أبى حنيفة، وهو
الصحيح، وعن أبى يوسف التقدير بما بين مجلسى القاضى. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "فإن" أى إن أبى أن يكفل لا يجره القاضى على التكفيل، بل يأمره بملازمته مقدار
مدة التكفيل على القولين حتى لا يغيب. (الزىلعى)

(٤) قوله: "لازمه" لأن فى الزيادة عليه إضراراً به بمنعه من السفر، وكذا لا يكفل إلا إلى آخر
المجلس. (الكشف)

(٥) قوله: "بالله" لما فى "الصحيحين": من حديث ابن عمر أن النبى ﷺ قال: من كان حالفاً
فيحلف بالله أو ليصمت، وفى رواية أبى داود وغيره أنه ﷺ قال: «إن الله ينهاكم أن تحلفوا بأبائكم فمن
كان حالفاً فليحلف بالله أو ليسكت». (شرح النقاية)

(٦) قوله: "إلا" أى لقلّة مبالاة الناس باليمين بالله تعالى، وكثرة الامتناع عن الحلف بالطلاق
والطلاق، لكن إن نكل لا يقضى عليه بالنكول؛ لأنه امتنع عما هو منبى عنه شرعاً، ولو قضى عليه

ومكان.

ويستحلف اليهودى بالله الذى أنزل التوراة على موسى،

فتركه اليمين بذكر المنزل على نبيهما
والنصرانى بالله الذى أنزل الإنجيل على عيسى، والمجوسى^(١)
لكرامة دخولها
بالله الذى خلق النار، والوثنى^(٢) بالله، ولا يحلفون فى بيوت

عبادتهم.

بالنكول لا ينفذ، ولو طلب المدعى عليه تحليف الشاهد، أو المدعى أنه لا يعلم أن الشاهد كاذب، لا يجيبه القاضى؛ لأننا مأمورون بإكرام الشهود، والمدعى لا يجب عليه اليمين، لا سيما إذا أقام بيته. (شرح النقاية)

(٧) قوله: "وتغلظ أى تؤكد اليمين بذكر أوصاف الله تعالى، مثل: والله الذى لا إله إلا هو الرحمن الرحيم عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية، ويزيد على هذا إن شاء، وله أن ينقص ويحترز عن عطف بعض الأسماء على بعض كيلا يتكرر عليه اليمين. ولو غلظ عليه فنكل عن التغليظ، وحلف من غير تغليظ لا يقضى عليه بهذا النكول؛ لأن المقصود الحلف بالله تعالى، وقد حصل، ولو حلفه بالعطف، فأتى بواحدة ونكل عن الباقي، لا يقضى عليه بهذا النكول؛ لأن المستحق عليه يمين واحدة، وقد أتى. (الزيلعى والشمى)

(٨) قوله: "لا" أى لا يغلظ اليمين بالزمان، كبعد العصر يوم الجمعة، والمكان كمبنى النبى ﷺ، والحجر الأسود، وبه قال أحمد والشافعى فى قول، وقيل: يستحب التغليظ بالزمان وبالمكان، وبه قال مالك فيما ليس بمال، ولا يقصد منه المال؛ لقوله ﷺ: لا يحلف أحد عند منبرى هذا على يمين آثمة، ولو على سواك أخضر إلا نبواً مقعده من النار، أو وجبت له النار، رواه مالك وأبو داود، ولنا: قوله ﷺ: «اليمين على من أنكر»، فالتخصيص بالمكان والزمان لزوماً زيادة عليه. (شرح النقاية)

(٩) قوله: "والمجوسى" أى ويحلف المجوسى... إلخ؛ لأنهم يعظمون النار تعظيم العبادة، فتؤكد بما يعتقدونه معظماً ليفيد فائدة اليمين، وقيل: إن المجوسى حلف بالله لا غير، كما لا يستحلف بالله الذى خلق الشمس؛ لأن ذكر النار مع الله تعالى يشعر تعظيمها، وما ينبغى أن يعظم، بخلاف الكتابيين؛ لأن كتب الله تعالى معظمة، وعن الإمام أنه لا يستحلف أحد إلا بالله خالصاً. (المجمع)

(٢) قوله: "والوثنى [الوثن هو الصنم من خشب، أو حجر، أو غيره، والجمع وثن كأسد وأسد وأوثان، وحبب إليه من يتدين بعبادته]" أى ويستحلف الوثنى بالله تعالى، ولا يذكر معه شىء آخر؛ لأنه يقر به وإن عبد غيره، وجزم ابن الكمال بأن الدهرية لا يعتقدونه تعالى، قلت: وعليه فيما ذا يحلفون؛ لأنهم لا يعتقدون وجود الإله فضلاً عن تعظيم. (العينى بحذف والدر والطحاوى)

ويعلم المدعى عليه
 ويحلف^(١) على الحاصل أى بالله ما بينكما بيع قائم
 س تفسير الحاصل
 أو بدله
 ونكاح قائم، وما يجب^(٢) عليك رده، وما هي بائن منك الآن
 متعلق بالجميع
 راجع إلى قوله: وما هي بائن منك الآن
 فى دعوى البيع^(٣) والنكاح^(٤) والغصب^(٥) والطلاق.
 أى المجاورة. أى أو ادعى نفقة... إلخ أى البائنة
 المدعى
 وإن ادعى شفعة بالجوار أو نفقة المبتوتة والمشتري^(٦) أو

(١) قوله: "ويحلف" يعنى ولا يحلف بالله ما بعث؛ لأنه قد تباع العين، ثم يقال فيها، ولا يحلف فى النكاح ما نكحت؛ لأنه يطرأ عليه الخلع، ولا فى الغصب ما غصبت؛ لأنه ربما رده، وفى الطلاق ما طلقت؛ لأن الانكاح قد يجدد بعد الإبانة، فيحلف على الحاصل فى هذه الوجوه؛ لأنه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه، وهذا قول أبى حنيفة ومحمد، أما على قول أبى يوسف يحلف فى جميع ذلك على السبب إلا إذا عرض بما ذكرنا، فحينئذ يحلف على الحاصل، وله معنيان، لغوى واصطلاحى هنا، فالأول كما فى القاموس الحاصل من كل شىء ما بقى وثبت، وذهب ما سواه حصل حصولاً ومحصولاً... اهـ.

والثانى: تحليلفه على صورة إنكار المنكر عندهما، وعند أبى يوسف يحلف على السبب، وهو صورة دعوى المدعى، ويبانه إذا ادعى عنده ودیعة، أو قرضاً أو غصباً أو بيعاً فهو ينكر، ويقول ليس لك على شىء، فعلى قولهما يحلف على صور إنكاره بالله ما أودعه، ولا باعه، ولا أقرضه، ومعنى قوله: ويحلف على الحاصل أن الأصل هذا إذا كان سبباً يرتفع إلا إذا كان فيه ترك النظر فى جانب المدعى، فحينئذ يحلف على السبب بالإجماع، وذلك مثل أن تدعى مبتوتة نفقة العدة والزوج ممن لا يراها؛ لأنه لو حلف على الحاصل يصدق فى يمينه فى معتقده، فيفوت النظر فى حق المدعى، وإن كان سبباً لا يرتفع برفع، فالتحليف على السبب بالإجماع، كالعبد المسلم إذا ادعى العتق على مولاه بخلاف الأمة والعبد الكافر؛ لأنه يكرر الزق عليها بالردة واللاحاق بدار الحرب، وعليه ينقض العهد واللاحاق ولا يكرر على العبد مسلم. (البحر)

(٢) قوله: "ما يجب" وفى قول المؤلف: بالغصب، وما يجب عليك رده قصور، والصواب ما فى الخلاصة: "ما يجب عليك رده ولا مثله، ولا بدله، ولا شىء من ذلك... اهـ، وكذا فى قوله: ما هي بائن منك الآن؛ لأنه خاص بالبائن، وأما الرجعى فيحلف بالله ما هي طالق فى النكاح الذى بينكما. (البحر)

(٣) يرجع إلى قوله: ما بينكما بيع قائم.

(٤) يرجع إلى قوله: ونكاح قائم.

(٥) إلى قوله: وما يجب عليه رده.

(٦) مشتري الدار التى ادعى المدعى شفعتها بالجوار.

أى زوج المهنونة ^{و لما ذكرنا} ^{بالإجماع} الزوج لا يراها ^(١)، يحلف على السبب،
 أى ويحلف المدعى عليه على العلم ^{من} وعلى العلم ^(٢) لو ورث عبداً، فادعاه آخر،
 أى على القطع، لا على العلم ^{و أى لو ملكه بالهبة} وعلى ^(٣) البتات لو وهب له، أو اشتراه، ولو
 بأن دفع إلى المدعى شيئاً فداء عن عبته حتى لا يحلف.
 افتدى ^(٤) المنكر يمينه أو صالحه منها
 الافتداء والصلح وهو مأثور عن عثمان رضي الله عنه. ^{و لأنه أسقط حقه}
 على شيء صح، ولم يحلف بعده.

باب التحالف ^(٥)

اختلفا ^(٦) فى قدر الثمن ^(٧) أو المبيع ^(٨)، قضى لمن برهن، ^{الحاكم}

(١) أى لا يعتقد حقيقة هذه الدعوى لكونه شافعيًا.

(٢) قوله: "وعلى [أى ويخاف على . . . إلخ]" أى يحلف على العلم إذا ورث عبداً، وادعى آخر أنه له، ولا يحلف على النبات؛ لأن الوارث لا يعلم بما فعل المورث، فيمتنع عن اليمين، فيلحقه بذلك ضرر، وهو محق ظاهراً، فلا يصار إليه دفعاً للضرر عنه. (ز)

(٣) قوله: "على" أى لوجود المطلق اليمين إذا الشراء سبب لثبوت الملك وضعاً، وكذا الهبة ومراده وصوله إليه بسبب اختياري، ولو كان غير الشراء والهبة. (البحر)

(٤) قوله: "افتدى" الفرق بين الفدية، والصلح أن الأول يكون بمثل المدعى به أو الأقل، والثانى بالأقل غالباً. (الكشف)

(٥) المراد به حلف المتعاقدين عند الاختلاف، لما ذكر حكم يمين الواحد ذكر حكم يمين الاثنين، إذ الاثنين بعد الواحد.

(٦) قوله: "اختلفا" أى اختلف البائع والمشتري فى قدر أحدهما، وأقام أحدهما بينة، قضى له؛ لأن فى الجانب الآخر مجرد الدعوى، والبيئة أقوى منها. (البحر)

(٧) بأن قال البائع: هو ألف، وقال المشتري خمس مائة.

(٨) أى أو اختلفا فى قدر المبيع، بأن قال البائع: عشرة أربطال، وقال المشتري: خمسة عشر

رطلاً.

أى البائع والمشتري كلاهما. أى فحكم الميث بالزيادة سواء كان بائعاً أو مشترياً. ^{حالية}

وإن^(١) برهنا فلمثبت الزيادة، وإن عجزا^(٢) ولم

يرضيا بدعوى أحدهما تحالفاً، وبُدى^(٣) ^{ك د} بيمين

المشتري، وفسخ القاضى بطلب أحدهما، ومن نكل لزمه^(٤) ^{المبيع قطعاً للزاع ف أى البائع أو المشتري منهما عن اليمين}

دعوى الآخر، وإن اختلفا^(٥) ^{أى المتعاقدان أى أجل الثمن (ف دك) أى أو اختلفا} فى الأجل، أو فى شرط الخيار، أو

(١) قوله: "وإن" أى إذا أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى؛ لأن البيّنات للإثبات، ولا تعارض فى الزيادة.

أشار المؤلف إلى أنهما لو اختلفا فى الثمن والمبيع، فبيّنة البائع أولى بالثمن، وبينة المشتري أولى فى المبيع نظراً إلى زيادة الإثبات، ولو حذف القدر لكان أولى؛ لأن الاختلاف فى وصف الثمن والجنس كذلك. (البحر والزيلعى)

(٢) قوله: "وإن عجزا" أى وإن عجزا عن إقامة البينة، ولم يرض واحد منهما بما قاله صاحبه بعد ما قيل لكل واحد منهما إما أن ترضى بما قاله صاحبك، وإلا فسخنا البيع عليك تحالفاً، وإنما يقول له: ذلك لأن المقصود قطع المنازعة، وهذا طريق فيه، فلعلهما يرغبان فى البيع دون الفسخ، فيرضيان به إذا علما ذلك. (الزيلعى)

(٣) قوله: "بُدى" لأنه أشد إنكاراً؛ لأنه يطالب بالثمن أولاً فهو ينكر الأمرين نفس الوجوب ووجوب الأداء فى الصرف والمقايضة يبدأ القاضى بيمين أيهما شاء. (الكشف)

(٤) قوله: "لزمه" يعنى بقضاء القاضى؛ لأنه بنكوله صار مقراً أو باذلاً، فلم يبق دعواه معارضة لدعوى الآخر، فلزم القول بثبوت دعوى الآخر. (شرح النقاية)

(٥) قوله: "إن اختلفا" هذه عدة مسائل، حكم كل واحد منهما عدم التحالف: أما الأولى: فهى أن يختلفا فى نفس الأجل بأن ادعى أحدهما أجلاً، وأنكر الآخر.

والثانية: أن يختلفا فى شرط الخيار، بأن ادعى أحدهما شرط الخيار، وأنكره الآخر، والثالثة: أن يختلفا قبض بعض الثمن، بأن ادعى أحدهما أنه استوفى بعض الثمن، وأنكر الآخر؛ لأن ثبوت هذه الأشياء بعارض، والقول لمنكر العارض مع يمينه، وبه قال أحمد، وقال زفر والشافعى ومالك: يتحالفان.

ولنا أن هذا اختلاف فى غير المعقود عليه، والمعقود به، فأشبه الاختلاف فى حط بعض الثمن، أو إبراء كل الثمن؛ لأن بانعدام هذه الأشياء لا يختل ما به قوام العقد، وهو المبيع، أو الثمن، بخلاف الاختلاف فى وصف الثمن وجنسه، حيث يكون بمنزلة الاختلاف فى القدر فى جريان التحالف؛ لأن ذلك يرجع إلى نفس الثمن، فإنه دين وهو يعرف بالوصف والجنس، والشرع إنما علّق التحالف باختلاف المتبايعين، وثبوت البيع إنما يكون بالمعقود عليه وبه، لا بالمذكورات.

والرابعة: أن يختلفا في مقدار الثمن بعد هلاك المبيع في يد المشتري عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد والشافعي رحمهما الله: يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك، وعلى هذا الخلاف إذا خرج المبيع عن ملكه، أو صار بحال لا يمكن رده.

لهما قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا اختلف المتبايعان تحالفاً وتراداً مطلقاً من غير اشتراط قيام السلعة»، والمراد بالاشتراط في الحديث الآخر التنبيه على عدم سقوطه في حالة أوفى منها كأنه يقول - والله أعلم - : تحالفاً وإن كانت السلعة قائمة؛ لأنه يمكن تمييز الصادق من الكاذب إذا كانت السلعة قائمة لتحكيم قيمتها في الحال، ولا يمكن ذلك بعد الهلاك، فإذا كان يجري التحالف بينهما مع إمكان المعرفة فأولى أن يجري عند عدم الإمكان.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفاً وتراداً بشرط أن تكون السلعة قائمة»، وما روياه من المطلق محمول عليه، ولفظ التراد فيه يدل عليه؛ لأن التراد يكون في القائم دون الهالك؛ ولأنه يحمل المطلق على المقيّد إذا كان الراوى عن النبي ﷺ واحداً بالإجمال، ويحال ترك الراوى عن النبي ﷺ القيد إلى غفلته وقلة ضبطه، بخلاف ما إذا اختلف الراويات عن النبي ﷺ، حيث يترك كل واحد منهما على حاله، فيعمل بهما ما لم يكن الاطلاق والتقييد في حكم واحد، ومحل واحد.

وهذان الحديثان ههنا يرويهما ابن مسعود عن النبي ﷺ، فيؤخذ بالمقيّد لما ذكرنا، والتحالف بعد القبض على خلاف القياس على ما بينا، فلا يلحق به غيره، فلا يتعدى إلى حال هلاك السلعة؛ لأنه ليس في معناه، إذ لا يعود كل واحد منهما إلى رأس ماله، ولا يدعى المشتري فيه شيئاً، بخلاف ما قبل القبض على ما بينا.

والخامسة: أن يختلفا في مقدار الثمن بعد هلاك بعض المبيع، وصورته: أنه باع عبيدين صفقة واحدة، ثم هلك أحدهما عند المشتري، ثم اختلفا في الثمن، وهذا عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: يتحالفان في القائم ويفسخ العقد فيه، والقول قول المشتري في قيمة الهالك، وقال محمد: يتحالفان عليهما، ويفسخ العقد فيهما، ويرد القائم وقيمة الهالك؛ لأن هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده، فهلاك بعضها أولى.

ولأبي يوسف أن الامتناع للهلاك، فيتقدر بقدره، ولأبي حنيفة أن التحالف لا يمكن في القائم إلا على اعتبار حصة من الثمن، فلا بد من القسمة على قيمتها، والقيمة تعرف بالحرز والظن، فيؤدى إلى التحالف مع الجهل، وإذا لا يجوز إلا أن يرضى البائع بترك حصة الهالك، فيتحالفان؛ لأن الثمن حينئذ يكون كل بمقابلة القائم، ويحتاج الهالك إلى العقد، ويصير كأن العقد وقع على القائم.

والسادسة: أن يختلف المولى والمكاتب في قدر بدل الكتابة بعد ما اتفقا على عقد الكتابة؛ لأن التحالف في المعاوضات اللازمة، وبدل الكتابة غير لازم على المكاتب، فلم تكن في معنى البيع.

والسابع: أن يختلف رب السلم والمسلم إليه في قدر رأس المال بعد إقالة السلم، فقال رب السلم: رأس المال عشرة، وقال المسلم إليه خمسة؛ لأن الإقالة في باب السلم ليس ببيع، بل هو إبطال من كل وجه، فإن رب السلم لا يملك المسلم فيه بالإقالة، بل يسقط، فلم يكن فيها معنى البيع حتى يتحالفا، فاعتبر فيه حقيقة الدعوى، والمسلم إليه هو المنكر حقيقة، فكان القول له، ولا يعود السلم.

م ز ف ك أى أو اختلفا بعد هلاك بعض المبيع (س م ز ف ك)

فى قبض بعض الثمن، أو بعد هلاك المبيع^(١)، أو بعضه، أو فى

جواب المسائل المذكورة كلها

س م ف أى أو اختلفا فى... إلخ

بدل الكتابة^(٢)، أو فى رأس المال بعد إقالة السلم، لم يتحالفوا،

أى المتعاقدان

والقول للمنكر مع يمينه، ولو اختلفا فى مقدار الثمن بعد

أى الزوجان

ولا بينة

الإقالة تحالفا^(٣)، ويعود البيع الأول، ولو اختلفا فى المهر^(٤)

ويبدأ ببينه (س)

أى فالبينة بينة المرأة

لأنه تورّد دعواه بها وهى كاسمها بينة

قضى لمن برهن، وإن برهننا^(٥) فللمرأة، وإن عجزا^(٦) تحالفا^(٧)،

بتشديد الكاف أى بل يجعل مهر المثل حكماً لأن الظاهر شاهد له أى بقول الزوج

ولم يفسخ^(٨) النكاح، بل يحكم مهر المثل فيقضى بقوله: لو

(١) أى أو اختلفا فى مقدار الثمن بعد... إلخ.

(٢) أى لو اختلف المولى والمكاتب فى... إلخ.

(٣) قوله: "تحالفا" أى اختلف البائع والمشتري فى مقداره، بأن قال المشتري: كان الثمن ألفاً، وقال البائع: خمس مائة، ولا بينة لهما، فإنهما يتحالفان، ويعود البيع الأول، أطلقه وهو مقيد بما إذا كان كل من المبيع والثمن مقبوضاً ولم يرد المشتري إلى بائعه، فأما إذا رد المشتري المبيع إليه بحكم الإقالة، فلا تحالف عند أبى حنيفة وأبى يوسف، خلافاً لمحمد؛ لأنه يرى النص معلولاً بعد القبض أيضاً، وبما قالوا كان ينبغى أن لا تحالف طلقاً؛ لأنه إنما ثبت فى البيع المطلق بالسنة، والإقالة فسخ فى حقهما، إلا أنه قبل القبض على وفق القياس، فوجب القياس عليه. (البحر)

(٤) بأن قال الزوج: إنها تزوجها بألف مثلاً، وقالت الزوجة: تزوجنى بألفين.

(٥) أى وإن أقام كل من الزوج على دعواه.

(٦) أى الزوجان عن إقامة البينة؛ لظهر أثره فى انعدام التسمية.

(٧) قوله: "تحالفا" أى إذا أقاما البيّنة كانت بينة المرأة أولى؛ لأنها تثبتت الزيادة، والبيّنات للإثبات، فكانت أولى، هذا إذا كان مهر المثل يشهد للزوج، بأن كان مثل ما يدعى الزوج، أو أقل؛ لأن الظاهر يشهد للزوج وبينه المرأة تثبت خلاف الظاهر، فكانت أولى، وإن كان مهر المثل يشهد لها بأن كان مثل ما تدعيه، أو أكثر، كانت بينة الزوج أولى؛ لأنها تثبت الخط، وهو خلاف الظاهر، والبيّنات للإثبات على ما بينا، وإن كان مهر مثلها لا يشهد لها، ولا له، بأن كان أقل مما ادعته المرأة أو أكثر مما ادعاه الزوج، فالصحيح أنهما بينهما تران؛ لأنهما استويا فى الإثبات؛ لأن بينتها تثبت الزيادة، وبينته تثبت الخط، فلا تكون أحدهما أولى من الأخرى. (الزيلعى)

(٨) قوله: "لم يفسخ" لأن يمين كل منهما ينتفى به ما يدعيه صاحبه من التسمية، فيبقى العقد بلا

الزوج مما قال الزوج أى يقول المرأة
كان كما قال، أو أقل، وبقولها: لو كان كما قالت،
مما قالت. أى بين ما قالت: هى، وبين ما قال: هو. أى المؤجر والمستأجر فى الأجرة أو المدة.

أو أكثر، وبه لو بينهما، ولو اختلفا فى الإجارة قبل
أى استيفاء المعقود عليه وتراًداً أى يتحالفان مع يمينه فى الاستيفاء
الاستيفاء تحالفاً^(١)، وبعده^(٢) لا، والقول للمستأجر والبعض^(٣)

معتبر بالكل، وإن اختلف الزوجان فى متاع البيت، فالقول
للكل^(٤) منهما فيما صلح له، وله فيما صلح لهما، فإن مات^(٥)
مع يمينه؛ لأن الظاهر يشهد له أى للزوج أى للزوجين كالفرش والأمتعة

تسمية، وذلك غير مفسد للنكاح، فلا حاجة إلى الفسخ بخلاف البيع. (العينى)

(١) قوله: "تحالفاً" لأن التحالف فى البيع قبل القبض على وفق القياس، والإجارة قبل قبض
المنفعة نظير البيع قبل القبض. (الكشف)

(٢) قوله: "وبعده" أى إن اختلفا بعد استيفاء المنافع لا يتحالفان، وكان القول قول المستأجر مع
يمينه؛ لأن فائد التحالف الفسخ، والمنافع المستوفاة لا يمكن فسخ العقد فيها، فامتنع التحالف، وهذا
عندهما ظاهر؛ لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما، وكذا عند محمد؛ لأن الهلاك إنما لا يمنع
عنده فى المبيع لما أن له قيمة تقوم مقامه، فيتحالفان عليها، ولو جرى التحالف هنا، أو فسخ العقد، فلا
قيمة؛ لأن المنافع لا تتقوم بنفسها، بل بالعقد، وبالفسخ يرتفع العقد، فيتبين أنه لا عقد، فإذا امتنع
التحالف كان القول قول المستأجر؛ لأنه هو المنكر. (الزيلعى)

(٣) قوله: "والبعض" معناه إذا استوفى بعض المنافع، وبقي البعض، يعتبر كل واحد منهما
بالكل، حتى يمتنع التحالف فى المستوفى، ويكون القول فيه قول المستأجر، كما لو استوفى الكل،
ويجرى التحالف فى الباقي، ويفسخ العقد فيه، كما إذا لم يستوف شيئاً، وهذا بالإجماع، فأبو يوسف
مرّ على أصله فى هلاك بعض المبيع، فإن التحالف فيه عنده يتقدّر بقدر الباقي، فكذا ههنا، وهما خالفا
أصلهما فى المبيع.

والفرق لمحمد رحمه الله ما بيّناه فى استيفاء الكل من أن المنافع لا تتقوم إلا بالعقد، فلو تحالفا لا
يبقى العقد، فلم يكن إيجاب شىء، والفرق لأبى حنيفة رحمه الله أن العقد فى الإجارة ينعقد ساعة
فساعة على حسب حدوث المنافع، فيصير كل جزء من المنافع كالمعقود عليه عقداً مبتدأ على حدة، فلا
يلزم من تعذر التحالف فى الماضى التعذر فيما بقى، إذ هما فى حكم عقدين مختلفين فيتحالفان فيه،
بخلاف ما إذا هلك بعض المبيع حيث يمتنع التحالف فيه عنده فى الكل؛ لأنه عقد واحد، فإذا امتنع فى
البعض امتنع فى الكل ضرورة، كيلا يؤدي إلى تفريق الصفقة على البائع. (الزيلعى)

(٤) قوله: "لكل" ولا فرق فى ذلك بين أن يكون النكاح قائماً بينهما أو لم يكن قائماً، ومما
يصلح للرجال العمامة والقباء والقلنسوة والطيلسان والسلاح والمنطقة والكتب والقوس، فيكون القول

أى فالذى يصلح لهما يكون للحي ^{واختلفا فى متاع البيت أى فيكون المتاع للحر أى حياتهما}
أحدهما فللحي، ولو^(١) أحدهما مملوكا، فللحر فى الحياة،
 أى ويكون للحي... إلخ أى موت أحدهما
وللحي فى الموت.

يعنى فى دفع الدعوى

فصل

عند الدعوى عليه الذى يدعى هذا الرجل ^{فلان وهو غائب} ^{فلان وهو غائب}
قال المدعى عليه: هذا الشيء أودعني، أو آجرني، أو
 أى أعطانيه إياه عارية ^{أى أو قال: المدعى عليه}
أعاريه فلان^(٢) الغائب، أو رهنه، أو غصبته منه، وبرهن
 أى على ما قاله ^{المدعى عليه أى اشترته}
عليه، دفعت^(٣) عنه خصومة المدعى، وإن قال ابتعته من

فيها قوله: مع يمينه، وما يصلح للمرأة الخمار والدرع والأساور وخواتم النساء والحلى والخلخال وأمثال ذلك، فإن القول فيها قولها مع يمينها إلا إذا كان الزوج يبيع هذه الأشياء، فلا يكون القول قولها لتعارض الظاهرين، وكذا إذا كانت المرأة يبيع ما يصلح للرجال، لا يكون القول قوله فى ذلك. (الزيليلى بحذف)

(٥) قوله: "فإن مات أى إذا مات أحد الزوجين، واختلف الحى منهما مع ورثة الآخر، كان المتاع ما يصلح لهما، وهو المشكل، وما لا إشكال فيه وهو ما يصلح لأحدهما، ولا يصلح للآخر، فهو على ما كان قبل الموت، وتقوم ورثته مقامه؛ لأن اليد للحي دون الميت، قيد بكونهما زوجين للاحتراز عما إذا طلقهما فى المرض، ومات الزوج بعد انقضاء العدة كان المشكل لوارث الزوج؛ لأنها صارت أجنبية لم يبق لها يد، وإن مات قبل انقضاء العدة كان المشكل للمرأة فى قول أبى حنيفة رحمه الله؛ لأنها تراث فلم تكن أجنبية، فكان هذا بمنزلة ما لو مات الزوج قبل الطلاق. (البحر والزيليلى)

(١) قوله: "ولو أى لو كان أحد الزوجين مملوكا، واختلفا فى متاع البيت، كان المتاع للحر فى حال حياتهما، وللحي منهما بعد موت أحدهما، أيهما كان؛ لأن يد الحر أقوى لأنها يد ملك، ولا كذلك يد المملوك، وأما إذا مات أحدهما فلا يد للميت، فخلف يد الحى عن المعارض، فكان للحي منهما. (الزيليلى)

(٢) يرجع إلى الكل بمعنى أنه فاعل للكل بحكم العطف.

(٣) قوله: "دفعت" لأنه أثبت أمرين: أحدهما: الملك للغائب وهو غير مقبول شرعاً، والآخر: دفع خصومة المدعى، وهذا مقبول، وقال ابن شبرمة: لا تسقط خصومة المدعى؛ لأن البينة تثبت الملك لغائب، ولا ولاية لأحد على غيره فى إدخال شيء فى ملكه بلا رضاه.

وقال ابن أبى ليلى: تسقط الخصومة بلا بينة؛ لأنه لا تهمة فيما أقرب به على نفسه، فتبين أن يده يد حفظ لا يد خصومة. (المجمع)

للمدعى عليه هذا الذى هو المدعى عليه
 الغائب، أو قال المدعى: ^(١) سرق منى، وقال ذو اليد:
 أى تركه عنده ودبغة أى على ما قاله أى لا تندفع الخصومة أى هذا الشيء
 أو دعنيه فلان، وبرهن عليه لا ^(٢)، وإن قال المدعى: ابتعته من
 أى المدعى عليه أى هذا الشيء ظاهره السقوط بلا بينة وبمين
 فلان، أو قال ذو اليد: أو دعنيه فلان ذلك، سقطت ^(٣)
 الخصومة.

(١) أى أو قال المدعى: سرق... إلخ.

(٢) قوله: "لا" أى لا تندفع الخصومة فى هذه الصورة، وإن أقام المدعى عليه بينة أنه أودعه فلاناً؛ لأن ذا اليد فى المسألة الأولى بدعواه الشراء من الغائب صار معترفاً بأن يده يد ملك، فيكون معترفاً بأنه خصمه، وفى المسألة الثانية أن المدعى لما قال لصاحب اليد: غصبته منى صار ذو اليد خصماً باعتبار دعوى الفعل عليه، وفيه لا يمكنه الخروج عنها بالإحالة على غيره؛ لأن اليد فى الخصومة فيها ليس بشرط حتى تصح دعواه على غير ذى اليد، ولا تندفع الخصومة انتفاع يده حقيقة، خلاف دعوى الملك المطلق، وقد ذكرناه من قبل.

ولو أقام الخارج البينة، ففضى له به، ثم جاء المقر له الغائب، وأقام بينته على ذلك، تقبل بينته؛ لأن الغائب لم يصير مقضياً عليه، وإنما قضى على ذى اليد خاصة.

وفى المسألة الثالثة قول المدعى: سرق منى يكون دعوى الفعل عليه فى المعنى استحساناً، وإنما جهله بالبناء للمفعول لأجل الستر عليه، كيلا يقطع، فصار كأنه قال: سرت منى، وقال محمد: تندفع الخصومة عنه، وهو القياس؛ لأنه لم يدع عليه الفعل، فصار كما لو قال: غصب منى على البناء للمفعول.

ووجه الاستحسان ما بيناه، وهذا بخلاف مسألة الغصب؛ لأنه لم يدع عليه الفعل، وليس فيه ما يوجب العدول عنه، إذ الحد لا يجب على فاعله، فلا يحترز عن كشفه.

ولو ادعى أنه اشتراها من ذى اليد، وقبضها، ونقد الثمن، وأقام ذو اليد البينة أن فلاناً أودعها إياه، اندفعت الخصومة، وإن ادعى على ذى اليد فعلاً؛ لأن المدعى عقد استوفى أحكامه، فصار كالعدم، فكان كدعوى ملك مطلق حتى لو لم يشهدوا على قبضه لم تندفع. (الزيلعى)

(٣) قوله: "سقطت" لاتفاقهما على أن أصل الملك لغير المدعى، فيكون وصوله إلى يده من جهة غير المدعى ضرورة، فلم يكن ذو اليد خصماً، ولا للمدعى أخذه من يده، إلا أن يقيم البينة أن فلاناً وكله بقبضه، فيأخذه لكونه أحق بالحفظ، ولو صدقه ذو اليد فى شراؤه منه، لا يأمره القاضى بالتسليم إليه حتى لا يكون قضاء على الغائب بإقراره، وهى عجيبة. (الزيلعى)

باب ما يدعيه الرجلان^(١)

أى الاثنان (ف ك د نصفين) أى لو برهنا على... إلخ
 برهنا^(٢) على ما فى يد آخر، قضى لهما، وعلى^(٣) نكاح
 أى برهناهما منها أى أومى تكون لمن سبقت بالنكاح أى لو برهنا على... إلخ
 امرأة سقطا وهى لمن صدقته، أو سبقت بينته، وعلى^(٤) الشراء
 واحد يخطف للدعى أى بنصف الثمن وإن شاء ترك عن أخذ نصف المدعى بينهما
 منه لكل نصفه ببدله إن شاء، وبإبائه^(٥) أحدهما بعد القضاء، لم

(١) لما ذكر فيما تقدم دعوى الواحد شرع فى دعوى الاثنى؛ لأن المثنى بعد الواحد.

(٢) قوله: "برهنا" يعنى إذا ادعى اثنان عينا فى يد غيرهما، وزعم كل واحد منهما أنها ملكه، ولم يذكر سبب الملك، ولا تاريخه، قضى بالعين بينهما؛ لعدم الأولوية، لحديث طرفة بن تميم أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ فى ناقة، وأقام كل واحد منهما بينة، فقضى بها بينهما نصفين. وحديث القرعة كان ابتداء الإسلام ثم نسخ، ولأن العمل بالشهادتين واجب ما أمكن، وقد أمكن بالتنصيف، إذ المحل يقبله، وقال الشافعى: تهاوترا فى قول له: إنه يقرع بينهما. (ز والكشف)

(٣) قوله: "وعلى" يعنى لو أقام اثنان بينة على أن هذه المرأة زوجته، تهاوترت البينتان لتعذر القضاء بهما؛ إذ النكاح لا يقبل الاشتراك، وهى زوجة لمن صدقته منهما؛ لأن النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين، فيرجع إلى تصديقها، فيجب اعتبار قولها: إن أحدهما زوجها، أو أسبقهما نكاحاً، إلا إذا كانت فى بيت أحدهما، أو دخل بها أحدهما، فيكون هو أولى، ولا يعتبر قولها؛ لأن تمكنه من نقلها أو من الدخول بها دليل على سبق عقده إلا أن يقيم الآخر البينة أنه تزوجها قبله، فيكون هو أولى؛ لأن الصريح يفوق الدلالة، فلا يعتبر معه.

فصار نظير ما لو ادعى رجل نكاح امرأة، فأقام بينة، فحكم له به حتى لا يقبل دعوى أحد النكاح فيها بعده لكونها أقوى لاتصال القضاء بها، وهو المراد بقوله، أو سبقت بينة أحدهما؛ لأنهما لما سبقت، وحكم بها تأكدت فلا تنقض بغير المؤكدة إلا إذا أثبتت الثانية أن نكاحه أسبق، فحينئذ تكون أولى؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت عياناً. (الزيلعى)

(٤) قوله: "وعلى الشراء" أى لو برهن الخارجان على الشراء من ذى اليد، خير كل منهما، إن شاء أخذ النصف بنصف الثمن، وإن شاء ترك؛ لأن القاضى يقضى به بينهما نصفين لاستواءهما فى السبب، فصار كفضولين باع كل منهما من رجل، وأجاز المالك البيعين، فإن كلا منهما يخير؛ لأنه تغير عليه شطر عقده، فلعل رغبته فى تملك الكل. (البحر)

(٥) قوله: "وبإبائه [أى بامتناع]" أى لو قضى القاضى بينهما، وأبى أحدهما أن يأخذ المبيع، بل اختار الفسخ، فليس للآخر أن يأخذ كله؛ لأنه صار مقضياً عليه بالنصف، فانفسخ البيع فيه لظهور استحقاقه بالبينة لو لا بينة صاحبه، قيد بقوله: بعد القضاء؛ لأنه قبل القضاء له أخذ الجميع؛ لأنه يدعى الكل، ولم يفسخ عليه والعود إلى النصف للمزاحمة، ولم يوجد ونظيره تسليم أحد الشفعين قبل

أى كل المبيع أى فالحكم للسابق منهما
يأخذ الآخر كله، وإن أرخا^(١) فللسابق^(٢)، وإلا^(٣) فلذى

والصدقة والرهن

القبض، والشراء^(٤) أحق من الهبة، والشراء^(٥) والمهر سواء،

والرهن^(٦) أحق من الهبة، ولو برهن^(٧) الخارجان على

القضاء، ونظير الأول تسليمه بعد القضاء. (الزيلعى)

(١) أى البرهان بأن ذكرت كل واحدة من البيتين تاريخاً.

(٢) قوله: "فللسابق" لأنه أثبت الشراء فى زمن لا ينازعه فيه أحد، فاندفع الآخر به، فإن كان البائع قبض الثمن منه، رده إليه، كما فى "السراج الوهاج": قيد بكونهما أرخا؛ لأنه لو أرخ أحدهما فقط، فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه فى ذلك الوقت، واحتمل الآخر أن يكون قبله، أو بعده، فلا يقضى له بالشك.

وقيد بدعوى الشراء من واحد لأنه لو اختلف بائعهما لم يترجح أسبقهما تاريخاً ولا المؤرخ فقط؛ لأن ملك بائعهما لا تاريخ له. (البحر)

(٣) قوله: "وإلا" أى إن لم يكن لهما تاريخ ومع أحدهما قبض، كان صاحب القبض أولى؛ لأن تمكنه من قبضه دليل على سبق شراؤه (ز)

(٤) قوله: "والشراء" معناه إذا ادعى أحدهما شراء من شخص، وادعى الآخر هبة، وقبضا من ذلك الشخص بعينه، وأقاما البينة، ولا تاريخ معهما، كان الشراء أولى؛ لأنه أقوى لكونه معاوضة من الجانبين، ومثبتاً للملك بنفسه، بخلاف ما إذا اختلف الملك لهما، أو كان معهما تاريخ حيث لا يكون فيه الشراء أولى؛ لأنهما عند اختلاف الملك يصير كل واحد منهما خصماً عن ملكه لحاجته إلى إثبات الملك، وهما فى ذلك سواء، وفيما إذا اتحد المملك لا يحتاجان إلى إثبات الملك له لثبوته باتفاقهما، وإنما حاجتهما إلى إثبات سبب الملك لأنفسهما، وفيه يقدم الأقوى، وفيما إذا كان معهما تاريخ، والمملك لهما واحد، كان لأقدمهما تاريخاً لثبوت ملكه فى وقت لا ينازعه فيه أحد، بخلاف ما إذا كان المملك لهما مختلفاً، حيث لا يعتبر فيه سبق التاريخ. (ز)

(٥) قوله: "والشراء" يعنى إذا ادعى أحدهما شراء عين من رجل، وادعت امرأة أن ذلك الرجل تزوجها على ذلك العين، فهما سواء لاستواءهما فى القوة، فإن كل واحد منهما معاوضة يثبت الملك بنفسه، وهذا عند أبى يوسف، وقال محمد: الشراء أولى، ولهما على الزوج القيمة؛ لأنه أمكن العمل بالبيتين بتقديم الشراء؛ إذ التزويج على عين مملوك للغير صحيح، فيجب قيمته عند تعذر تسليمه، وأفاد باستواءهما أنها بينما، فيكون للمرأة نصفها، ونصف قيمتها على الزوج لاستحقاق نصف المسمى، وللمشتري نصفها، ويرجع بنصف الثمن إن كان أدها، وله فسخ البيع لتفريق الصفقة عليه. (البحر والزيلعى)

(٦) قوله: "والرهن" يعنى لو ادعى رهناً مقبوضاً والآخر هبة، وقبضا وبرهنا، فالرهن أولى،

المطلق أى أو أقام بينة على... إلخ منها تاريخاً أى أولي في الصورتين
الملك والتاريخ، أو على الشراء من واحد، فالأسبق أحق،
وعلى الشراء^(١) من آخر، وذكر تاريخاً استويا، ولو^(٢) برهن

وهذا استحسان، والقياس أن الهبة أولى؛ لأنها تثبت الملك والرهن لا يشبهه، ووجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون، وبحكم الهبة غير مضمون، وعقد الضمان أقوى.
 أطلق الهبة، وهى مقيدة بأن لا عوض فيها، فإن كان بشرط العوض، فهى أولى من الرهن؛ لأنها بيع انتهاء، والبيع أولى من الرهن؛ لأنه ضمان ثبت الملك صورة ومعنى، والرهن لا يشبهه إلا عند الهلاك معنى لا صورة، فكذا الهبة بشرط العوض.

(٧) قوله: "وبرهن" أى لو أقام الخارجان البينة على الملك المطلق والتاريخ، أو على الشراء من واحد غير ذى اليد، وعلى التاريخ كان أسبقهما تاريخاً أولى فيهما؛ لأنه أثبت أنه أول المالكين، فلا يتلقى الملك إلا من جهة، ولم يتعلق الآخر منه، وقيد بالبرهان على التاريخ منهما فى الأولى؛ لأنه لو أرخت أحدهما دون الأخرى، فهما سواء، كما لو لم يؤرخا عنده.
 وقال أبو يوسف: المؤرخ أولى، وقال محمد: المبهم أولى، بخلاف ما إذا أرخت أحدهما فقط فى الثانية، قال: المؤرخ أولى. (الزبلى والبحر ملخصاً)

(١) قوله: "وعلى الشراء [أى لو أقام كل منهما بينة على... إلخ]" يعنى لو أقام كل واحد منهما بينة على الشراء من رجل غير الذى يدعى الشراء منه صاحبه كانا سواء حتى يكون بينهما نصفين، سواء كان تاريخ أحدهما أقدم، أو لم يكن لأنهما يثبتان للملك لباثعهما، فيصير كأنهما حضرا. (ز والبحر)

(٢) قوله: "ولو" بيان لثلاث مسائل تقدم فيها بينة ذى اليد على الخارج: الأولى: برهنا على ملك مؤرخ وسبق تاريخ ذى اليد، وهذا عندهما، ورواية عن محمد، وعنه عدم قبولها رجوع إليه؛ لأن البيتين قامتا على مطلق، ولم يتعرضا لجهة الملك، فكان التقدم، والتأخر سواء، ولهما أن البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع، فإن الملك إذا ثبت لشخص فى وقت، فشبوته لغيره بعده لا يكون إلا بالتلقى من جهة، وبينه ذى اليد على الدفع مقبولة.

الثانية: أقام كل من الخارج وذى اليد بينة على التنازع، فصاحب اليد أولى؛ لأن البينة قامت على ما لا يدل عليه اليد فاستويا، وترجحت بينة ذى اليد باليد، فيقضى له، وهذا هو الصحيح.

ودليله من السنة ما روى جابر بن عبد الله أن رجلاً ادعى ناقة فى يد رجل، وأقام البينة أنها ناقته نتجت، وأقام الذى فى يديه البينة أنها ناقته نتجها، ف قضى بها رسول الله ﷺ للذى هى فى يده، وهذا حديث صحيح مشهور، فصارت مسألة التنازع مخصوصة، وألحقوا بالتنازع ما لا يتكرر سببه لكونه فى معناه؛ لأنه دعوى أوليته الملك كالنسخ فى الثياب التى لا تنسج إلا مرة، كالثياب القطنية، وغزل القطن وحلب اللبن، وإن كان سببا يتكرر لا يكون فى معناه، فيقضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق، مثل الجز والبناء والغرس.

الثالثة: برهن الخارج على الملك المطلق، وذوى اليد على الشراء منه، فذو اليد أولى؛ لأن الأول وإن كان يدعى أولية الملك، فهذا تلقى منه فى هذا لا تنافى كما إذا أقر بالملك له، ثم ادعى الشراء منه.

فدو اليد أحق منه ^{حالية} فدو اليد أحق منه ^{حالية}
 الخارج على ملك مؤرخ، وتاريخ ذى اليد أسبق، أو برهننا على
 أى الولادة عنده ^{كنسج الثياب القطنية والغزل} أى أو برهن الخارج... إلخ أى وبرهن ذواليد... إلخ
 النتائج، أو سبب ملك ^(١) لا يتكرر، أو الخارج على الملك، وذو
 اليد على الشراء منه، فدو اليد أحق منه، ولو ^(٢) برهن كل على
 الشراء من الآخر، ولا تاريخ سقطا، وتترك الدار فى يد ذى
 اليد، ولا يرجح ^(٣) بزيادة عدد الشهود.
 دار فى يد آخر ادعى رجل نصفها، وآخر كلها
 على ما ادعاه كل موهبا مدعى النصف ^{وهو ثلاثة الأرباع (س م ف ك)} وأى وادعى آخر... إلخ
 وبرهننا، فللأول ^(٤) ربعها، والباقي للآخر، ولو ^(٥) كانت فى

(البحر ملخصاً)

(١) أى أو برهننا على سبب... إلخ.

(٢) قوله: "ولو" أى لو أقام كل واحد من الخارج، وذى اليد أو الخارجين، أو ذوى اليد البينة على الشراء من صاحبه، ولا تاريخ لهما تهاوتت البيتان، ويترك المدعى فى يد ذى اليد لا على وجه القضاء، وهذا عندهما، وعلى قول محمد يقضى بالبيتين، ويكون للخارج؛ لأن العمل بهما ممكن، فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر، وقبض ثم باع؛ لأن القبض دلالة السبق، ولا يعكس الأمر؛ لأن البيع قبل القبض لا يجوز، وإن كان فى العقار عنده، ولهما أن الإقدام على الشراء إقرار منه بالملك للبائع، فصار كأنهما قامتا على الإقرارين، وفيه التهاوت بالإجماع، كذا هنا. (البحر والزيلعى)

(٣) قوله: "ولا يرجع" معناه أن أحد الخصمين إذا أقام شاهدين، والآخر أكثر، لا يرجع بكثرة شهوده؛ لأن الترجيح يكون بقوة فى العلة لا بكثرة العلل؛ لأن ما يصلح دليلاً مستقلاً لا يصلح للترجيح، وإنما يرجح بالوصف، ولهذا لا ترجح الآية بالآية الأخرى، ولا الخبر بالخبر، وإنما يرجح بقوة فيهما، بأن كان أحدهما متواتراً، والآخر من الأحاد، أو كان أحدهما مفسراً والآخر مجملاً، فيرجح المفسر على المجمل، والمتواتر على الأحاد، لقوة وصف فيه، وكذا لا يرجح أحد القياسين بالقياس لما ذكرنا. (الزيلعى)

(٤) قوله: "فللأول" أى ولو ادعى أحد خارجين نصف دار والآخر كلها، فالربع للأول عند أبى حنيفة، وقالوا: الثلث للأول، والباقي للثانى على القولين، لهما أن مدعى الكل يدعى النصفين، والآخر يدعى النصف الواحد، وليس لشيء واحد ثلاثة أنصاف، فيقسم بينهما أثلاثاً على قدر حقهما، وهذا طريق العول.

أى فى أيدى المدعين أى الدار كلها. وهو مدعى الكل أى الاثنان عندهما حالة أى ذكر تاريخاً
أيديهما فهى للثانى، ولو برهننا على نتاج دابة، وأرخا،
لشهادة الحال له. أى فيقضى لهما بها

قضى لمن وافق سننها تاريخه، وإن أشكل^(١) ذلك فلهما.

بينة على رجل فى يده عين أنه أخذه على وجه الغصب.

ولو^(٢) برهن أحد الخارجين على الغصب،

أى وبرهن الآخر على أنه عنده على وجه الودیعة فى الدعوى على الدابة للقميص
والآخر على الودیعة استويا، والراكب^(٣) واللابس

ولأبى حنيفة أن مدعى الكل لا ينازعه أحد فى النصف، فيسلم له نصف من غير منازعة، ثم
استوت منازعتهم فى النصف الآخر، فيكون بينهما، وهذا طريق المنازعة. (شرح النقاية)

(٥) قوله: "ولو" أى لو كانت الدار فى أيدى المدعين، والمسألة بحالها، كانت كلها لمدعى
الكل؛ لأن مدعى النصف تنصرف دعواه إلى ما فى يده، لتكون يده يداً محقة؛ لأن حمل أمور المسلمين
على الصحة واجب، ولو لا ذلك لكان ظالمًا بالإمساك، فاقترضت دعواه على ما فى يده، ولا يدعى
شيئاً مما فى يد صاحبه، ومدعى الكل يدعى ما فى يد نفسه، وما فى يد الآخر، ولا ينازعه أحد فى ما فى
يده، فيترك فى يده لا على وجه القضاء، واستوت منازعتهم فى ما فى يد صاحبه، فكانت بينته أولى؛
لأنه خارج فيه، فيقضى له فى ذلك النصف، فسلم له الكل نصفها بالترك لا على وجه القضاء،
والنصف الآخر بالقضاء. (الزيلعى)

(١) قوله: "وإن أشكل" أى إن أشكل من الدابة فى موافقة أحد التارخين يقضى لهما بها؛ لأن
أحدهما ليس بأولى بها من الآخر، وهذا إن كانا خارجين، وإلا فهى لذى اليد، وإن خالف سن الدابة
الوقتتين - معنى المخالفة كون السن بين الوقتين، أو فوقهما أو تحتها - بطلت البيئتان؛ لأنه ظهر كذب
الفريقين، فترك فى يد ذى اليد. (الزيلعى والكشف بتصرف)

(٢) قوله: "ولو" معناه إذا كان عين فى يد رجل، فأقام رجلان عليه البينة، أحدهما بالغصب
والآخر بالودیعة، استوت دعواهما حتى يقضى بها بينهما نصفان؛ لأن الودیعة قصير غصبا بالجحود
حتى يجب عليه الضمان، ولا يسقط بالرجوع إلى الوفاق، بخلاف ما إذا خالف بالفعل من غير جحود
على ما نبينه فى موضعه - إن شاء الله تعالى -. (الزيلعى)

(٣) قوله: "والراكب" معناه إذا تنازعا فى دابة أحدهما راكبها، والآخر متعلق بلجامهما، أو
تنازعا فى قميص أحدهما لابس، والآخر متعلق بكمّه، كان الراكب واللابس أولى من المتعلق باللجام
والكم؛ لأن تصرفهما أظهر، فإنه يتخصص بالملك، فكانا صاحبي يد، والمتعلق خارج فكانا، أولى
بخلاف ما إذا أقاما البينة حيث تكون بينة الخارج أولى؛ لأنها حجة مطلقاً، وبينة الخارج أكثر إثباتاً على
ما بينا، وأما متعلق فليس بحجة. (الزيلعى)

أحق من آخذ اللجام والكرم، وصاحب^(١) الحمل^(٢) والجدوع^(٣)
 خبر لقوله: وصاحب الحمل وما عطف عليه
 والاتصال أحق من الغيـر.

ثوب^(٤) في يده وطرفه في يد آخر، نصف، صبي يعبر عن
 أى يفعل ما يقول ويقال له وأنكر صاحب اليد
 نفسه، فقال: أنا حر، فالقول له^(٥)، وإن قال^(٦): أنا عبد

(١) قوله: "وصاحب" معنى الأول أن يتنازعا في دابة وعليها حمل لأحدهما، كان صاحب الحمل أولى؛ لأنه هو المتصرف فيها التصرف المعتاد، فكانت في يده، ولو كان الحمل لهما كانت بينهما؛ لاستواءهما، ولا يرجح بكثرة ما في الحمل لأحدهما؛ لأن الترجيح يقع بالقوة لا بالكثرة على ما بينا. ومعنى الثاني أن يكون حائط عليه هراوى -الهراوى جمع الهروية قصبات قضم ملوية بطاقات من الكرم، فترسل عليها قضبان الكرم [شلبى]- لرجل وللآخر عليه جذوع، أو متصل ببناءه، فهو لصاحب الجذوع، والاتصال دون الهراوى؛ لأن صاحب الجذوع هو المستعمل، وصاحب الهراوى متعلق، والبناء يبنى للجذوع عادة، لا لوضع الهراوى، والمراد بالاتصال تربيع، وهو أن يتداخل لبن البناء المتنازع فيه في لبن جداره، ولبن جداره في لبن البناء المتنازع فيه ساج أحدهما مركب على ساج الآخر؛ لا الاتصال بهذه المثابة لا يكون إلا عند البناء، فدل ذلك على أن بانيها واحد في وقت واحد، فترجح به. (الزيلعى ملخصاً)

(٢) على الدابة إذا تنازع مع آخر فيها، وادعى كل منهما أنها له.

(٣) هو جمع جذع النخلة وغيرها، وهى الأخشاب التى ترص على الجدران لأجل تركيب عليهما.

(٤) قوله: "ثوب" يعنى لو تنازع الشخصان فى ثوب واحد فى يد أحدهما، وطرفه فى يد الآخر، كان بينهما نصفين؛ لأن يد كل واحد منهما ثابت فى الثوب، إلا أن أحدهما ثابتة فى الأكثر، وذلك لا يوجب الترجيح؛ لما ذكرنا أن الرجحان بالقوة لا بالكثرة، بخلاف ما إذا كان فى يد أحدهما الهدابة، والباقى فى يد الآخر، لأن الهدابة ليست بثوب، إذ هى غير المنسوجة، فلم يكن فى يده شىء من الثوب، فلا يزاحم الآخر. (الزيلعى بحذف)

(٥) لأنه فى يد نفسه، والمدعى خارج، والقول لذى اليد.

(٦) قوله: "وإن قال" بيان لمسألتين حكمهما واحد: الأولى: إن ادعى رجل على صبي يعبر عن نفسه أنه عبدى، فقال الصبي: أنا عبد لفلان غير ذى اليد، فهو عبد لمن هو فى يده.

الثانية: أن الصبي الذى ادعى عليه رجل أنه عبدى لا يعبر عن نفسه، فالحكم أيضاً أنه عبد لمن فى يده، أما الأولى فلأنه إقرار لا بد له من حيث أنه أقر بالرقية. ولا يقال: الإقرار بالرق من المضار، فلا يعتبر من الصبي، فكيف يصح به إقراره هنا؛ لأننا نقول الرق لم يثبت بقول الصبي، بل بدعوى ذى

الصحيح وقال: أنا حر في المسألتين
 لفلان، أو لا يعبر عن نفسه، فهو عبد لمن في يده، عشرة^(١)
 كائنة كائنة أى فى يد رجل واحد فى الدار أيضاً التى للدار بين صاحب العشرة والبيت الواحد
 أبيات من دار فى يده^(٢)، وبيت فى يد آخر، فالساحة نصفان.
 من غير بيعة أى بكل واحد من الاثنين بتشديد أى أحد الاثنين المدعين فيها
 ادعى كل أرضاً أنها فى يده، ولبن أحدهما فيها، أو بنى،
 فيها حفراً أحدهما
 أو حفر، فهى فى يده، كما لو برهن أنها فى يده.

باب دعوى النسب^(٣)

أمة أى من حين البيع أى الولد
 ولدت مبيعة لأقل من مدة الحمل مذ بيعت، فادعاه البائع،

اليد، لعدم المعارض بدعوى الحرية؛ لأنه لما صار فى يد المدعى بقى كالقماش فى يده، فيقبل إقراره عليه، ولا نسلم أن الإقرار بالرق من المضار؛ لأنه يمكنه التدارك بعده بدعوى الحرية، إذ التناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى، بخلاف الإقرار بالدين، أما الثانية فلأن غير المعبر لا يدر أصلاً كالمحتاج. (عز)

(١) قوله: "عشرة" أى كانت دار مشتملة على أحد عشر بيتاً، وعشرة منهما فى يد رجل، وواحد منها فى يد رجل آخر، وتتنازعا فى ساحة نصف بينهما؛ لأن الساحة يحتاج إليها الملاك لاستعمالها فى أنواع المرافق من المرور فيها، والتوضى وكسر الخطب، ووضع الأمتعة، أو نحو ذلك من أنواع المنافع، وهما فى ذلك سواء، فتتصف بينهما. (عز)

(٢) قوله: "فى يده" لأن اليد فى الأرض غير مشاهدة، وهى مقصودة، فلا يثبت عند القاضى بمجرد دعواهما أنها فى يده، فلا بد من إقامة البينة أنها فى يده، أو من التصرف فيها كالتلين أو البناء والحفر؛ لأن التمكن من هذه الأشياء دليل على أنها فى يده، ثم إن ادعى أنها فى أيديهما لم يقض به بلا بينة؛ لاحتمال أنها فى يد غيرهما.

وإن ادعى أنها فى يد أحدهما، فكذلك؛ لأنه يمكن أنهما تواضعا على ذلك، لكن ليس للمقر أن ينازعه فى اليد لإقراره أنها فى يد صاحبه، وإقراره فى حق نفسه مقبول، وكذا لو حلفا أنها ليست فى يد صاحبه، فنكل أحدهما، ولو نكلا جعل فى يد كل منهما نصفها الذى فى يد صاحبه لصحة إقراره فى حق نفسه.

وإن حلفا جميعاً لم يقض باليد لهما، وبرئ كل منهما عن دعوى صاحبه، وإن أقام أحدهما البينة أنها فى يده، قضى له باليد فيها، ويكون الآخر خارجاً، وكذا إن لبّن أحدهما، أو بنى أو غرس، أو فعل شيئاً آخر مما يدل على أنها فى يده، وإن أقام البينة على اليد، قضى بها لهما. (الزيلعى)

(٣) لما فرغ من دعوى الأموال شرع فى بيان دعوى النسب؛ لأن الأول أكثر وقوعاً، فكان أهم ذكراً فقدّمه.

أى الولد زف كد لأنه قد باع أم ولده لأن مقتضى الفسخ فى العقد
 فهو^(١) ابنه، وهى أم ولده، ويفسخ البيع، ويرد الثمن، وإن^(٢)
 أى مع دعوى البائع، أو بعد دعوى البائع. يثبت النسب من البائع
 ادّعاه المشتري معه أو بعده، وكذا^(٣) إن ماتت^(٤) الأم،
 فإنه لا يثبت نسبه منه. أى وعق الولد والمبيعة فى الحكم
 بخلاف^(٥) موت الولد، وعقهما كموتهما^(٦)، وإن^(٧) ولدت
 الأمة المذكورة

(١) قوله: "فهو" وفى القياس وهو قول زفر والشافعى: أن الدعوة باطلة؛ لأن البيع اعتراف منه
 أنه عبد، فكان متناقصاً فى دعواه، وجه الاستحسان أن اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه
 منه؛ لأن الظاهر عدم الزنا، ومبنى النسب على الخفاء، فيعفى فيه التناقض، وإذا صحت الدعوى
 استندت إلى وقت، فبان أنه باعها وهى أم ولده. (الكشف)

(٢) قوله: "وإن" أى لا تعتبر دعوة المشتري مع دعوة البائع أسبق؛ لأنها تستند إلى حالة العلوق
 لكونها دعوة استيلاء لوجود العلوق فى ملكه، ودعوة المشتري دعوة تحرير، إذ العلوق لم يكن فى
 ملكه، فيقتصر، فكانت الأولى أقوى، فلا تعتبر الثانية معها. (الزليعى بحذف)

(٣) قوله: "وكذا" أى إن ماتت الأم ثم ادّعاه البائع، وقد ولدت لأقل يثبت النسب من البائع،
 ويأخذ الولد؛ لأن الأصل فى ثبوت النسب هو الولد لا الأم، ولذا تضاف الأم إليه، ويقال: أم الولد،
 وتستفيد الأم الحرية من جهته؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: أعتقهما ولدها، فالثابت لها حق الحرية،
 وله حقيقتها، والأدنى يتبع الأعلى، فلا يضره فوات التبع. (المجمع)

(٤) وادّعاه البائع، وقد جات به لأقل من ستة أشهر.

(٥) قوله: "بخلاف" أى بخلاف ما إذا مات الولد، ثم ادّعاه البائع حيث لا يثبت النسب لعدم
 حاجته إلى النسب بعد الموت. (الزليعى والمجمع)

(٦) قوله: "كموتهما" أى إعتاق المشتري الأم والولد كموتهما حتى لو أعتق المشتري الأم دون
 الولد، فادّعى البائع أنه ابنه، صحت دعوته، وثبت نسبه منه، ولو أعتق الولد دون الأم لا تصح
 دعوته؛ لما ذكرنا أن الولد هو الأصل، فيعتبر قيام المانع به حتى تمتنع الدعوى دون الأم، كما قلنا فى
 الموت، وإنما كان الإعتاق مانعاً؛ لأنه لا يحتمل النقص بعد ثبوته، كالنسب، فصار إعتاقه، كدعوة أنه
 ابنه. (الزليعى)

(٧) قوله: "وإن" وهذا الكلام يشمل وجهين، أحدهما أن تكميل الأكثر من سنتين من وقت
 البيع، فحكمه أنه لا تصح دعواه لعدم العلوق فى ملكه بيقين، وهو المصحح إلا إذا صدقه المشتري،
 فثبت النسب، ويحمل على الاستيلاء بالنكاح للتيقن بأن العلوق لم يكن فى ملكه، ولا يبطل البيع،
 ولا يعتق الولد، ولا تصير الأمة أم ولده؛ لأن العلوق حادث بعد البيع، ولا يستند إلى ما قبل البيع
 حتى يبطل، فكانت هذه الدعوة تحرير، فلا ينفذ إلا فى الملك، إذ لا يقدر غير المالك على التحرير.
 والثانى: أن تلد لأكثر من ستة أشهر من وقت البيع، ولأقل من سنتين منه، فحكمه أن دعوة البائع

فيثبت النسب حيثئذ

من وقت البيع

لأكثر من ستة أشهر، ردت دعوة البائع، إلا أن يصدقه

أى من المدعى

فيثبت النسب حيثئذ

المشتري، ومن ادعى نسب أحد التوأمين، ثبت نسبهما^(١) منه،

أى المشتري من البائع

فإن باع^(٢) أحدهما وأعتقه المشتري بطل عتق المشتري.

الغائب

أى عند غيره، وهذا ليس بقيد، وإنما وقع اتفاقاً.

صبى^(٣) عند رجل، فقال: هو ابن فلان، ثم قال: هو ابني،

الصبي

س م

وصلية

أهداه

لم يكن ابنه، وإن جحد أن يكون ابنه، ولو^(٤) كان فى يد

لا تقبل فيه أيضاً؛ لاحتمال العلوق بعد البيع، فلم يوجد المصحح فيه بيقين، فلم يصح إلا أن يصدقه المشتري، فحيثئذ يثبت نسبه لتصادقهما فيه، وتصير الأمة أم ولد له تبعاً للولد، وبطل البيع لاستناد العلوق إلى ما قبل البيع، لا مكانه، فتبين أنه باع أم ولده، وهذا لأن هذه الدعوة دعوة استيلاد، فتستند. (الزيلعى)

(١) لأنهما من ماء واحد، فمن ضرورة ثبوت أحدهما ثبوت نسب الآخر.

(٢) قوله: "فإن باع" معناه إذا باع أحد التوأمين، فأعتقه المشتري، ثم ادعى البائع الذى لم يبعه أنه ابنه، ثبت نسبهما منه، وبطل عتق المشتري فيه؛ لأن دعوة البائع صحت فى الذى لم يبعه، لمصادفته العلوق، والدعوى ملكه فيه، فيثبت نسبه، ومن ضرورة ثبوت نسب الآخر منه؛ لأنهما من ماء واحد، فيلزم منه بطلان عتق المشتري، لكونهما حر الأصل، إذ يستحيل أن يكون أحدهما حر الأصل، والآخر رقيقاً، وهما من ماء واحد، فيكون نقض العتق بما هو فوقه، وهى الحرية الثابتة بأصل الخلقة، بخلاف ما إذا كان الولد واحداً، حيث لا يبط فيه إعتاق المشتري بدعوى البائع نسبه؛ لأن العتق فيه لو بطل لبطل مقصوداً لأجل حق الدعوى للبائع، وإنه لا يجوز على ما بينا وجهه، وهنا تثبت الحرية فى الذى لم يبعه، ثم يتعدى إلى الآخر ضمناً وتبعاً، وكم من شئ يثبت ضمناً، وإن لم يثبت مقصوداً. (الزيلعى)

(٣) قوله: "صبى" معناه إذا كان صبى عند رجل، فقال الرجل الذى عنده الصبى: هذا الصبى

ابن فلان الغائب، ثم قال: هو ابني، لم يكن ابنه أبداً، وإن جحد فلان الغائب أن يكون الصبى ابنه؛ لأن النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته، والإقرار بما لا يحتمل النقض لا يرتد بالرد، فبقي، فيمتنع دعوته، وقالوا: إذا جحد المقر له فهو ابن المقر. (الزيلعى والكشف)

(٤) قوله: "ولو" أى ولو كان الصبى فى أيديهما، فادعى النصرانى أنه ابنه، والمسلم أنه عبده،

وادعيا معاً، كان حراً ابن النصرانى؛ لأنه ينال بذلك شرف الحرية فى الحال، والإسلام فى المال، إذ دلائل الوحداية ظاهرة، فكان فيه الجمع بين المصلحتين، وفى عكسه فوات شرف الحرية، إذ لا قدرة له على اكتسابها، فكان الجمع بينهما أولى.

ولا يقال: ينبغى أن يكون عبداً للمسلم؛ لأن الإسلام مرجح؟ لأننا نقول: الترجيح يكون عند

مسلم ونصرانى، فقال النصرانى: هو ابنى، وقال المسلم:
عبدى، فهو حر^١ ابن النصرانى.

أى هو عبدى
أى قال الزوج
أى من غير هذه الزوجة
وإن كان صبى فى يد زوجين، فزعم أنه ابنه من غيرها،
أى الزوجة
أى من غير هذا الزوج
جميعاً
وزعمت أنه ابنها من غيره، فهو ابنتها^(١)، ولدت^(٢) مشتراة
للمستحق وهو المشتري يوم التخاصم لا يوم القضاء، ولا يوم الولادة
فاستحققت^(٣)، غرم الأب قيمة الولد وهو حر، فإن مات
الولد^(٤) لم يضمن الأب قيمته، وإن ترك مالا، وإن قُتل

التعارض، وهو الاستواء، ولا تعارض هنا؛ لأن النظر له فيما قلنا: أوفر، فانتفى الاستواء، بخلاف ما إذا ادعى كل واحد منهما أنه ابنه، حيث يكون المسلم فيه أولى؛ لاستواءهما فى دعوى البتة، فيرجح المسلم بالإسلام، وهو أوفر للصبى لحصول الإسلام له فى الحال تبعاً لأبيه. (الزيلعى)

(١) قوله: "ابنتها" لأن الظاهر أن الولد لهما لقيام يدهما، ثم يريد كل منهما إبطال حق صاحبه، فلا يصدق عليه. (الكشف)

(٢) قوله: "ولدت" يعنى لو اشترى أمة فولدت منه، ثم استحقها مستحق، ضمن المشتري قيمة الولد، والولد حر، وكذا إذا ملكها بسبب آخر غير الشراء، أى سبب كان، وكذا إذا تزوجها على أنها حرة، فولدت ثم استحققت، روى ذلك عن عمر رضى الله عنه فى النكاح، وعن على رضى الله عنه فى الشراء بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم من غير نكير، فكان إجماعاً. (الزيلعى)

(٣) بأن ظهر لها مستحق فأخذها.

(٤) قوله: "فإن مات الولد [فى الصورة المذكورة قبل الخصومة]" قبل الخصومة لا يجب على الأب شيء؛ لأن الولد كان مملوكاً للمستحق حقيقة، لم يكن مضموناً عليه، فإن الولد المغصوب أمانة عندنا على ما عرف فى موضعه، فالأولى أن لا يكون مضموناً عليه مع عدم الملك حقيقة.

وكذا لو ترك مالا؛ لأن الإرث ليس ببدل عنه، فلا يقوم مقامه، فلم يجعل سلامة الإرث كسلامة نفسه، بخلاف ما إذا قتله قاتل، وقبض الأب من ديتة قدر قيمته، حيث يجب عليه ضمان قيمته؛ لأن سلامة بدله كسلامته، ومنع بدله كمنعه، وإن لم يقبض شيئاً لا يجب عليه؛ لأن المنع لا يتحقق فيما لم يصل إليه، وإن قبض أقل من قيمته، وجب عليه بقدره اعتباراً للبعض بالكل، وبخلاف ما إذا قتله الأب؛ لأن المنع تحقق بقتله، كما فى ولد المغصوب إذا أتلغه الغاصب. (الزيلعى)

أى يجب عليه ضمان قيمته المشتري أى بضمن الجارية أى وقيمة الولد
 الولد^(١)، غرم الأب قيمته، ويرجع^(٢) بالثمن، وقيمته على
 بائه لا بالعقر^(٣).

(١) أى إذا قتل الولد قاتل، وقبض الأب من دينه قدر قيمته غرم . . . إلخ .

(٢) قوله : " ويرجع " أى يرجع المشتري بضمن الجارية، وبقية الولد على بائه، ولا يرجع بما لزمه من العقر بوطءها، أما الرجوع بضمن الجارية فظاهر، وأما الرجوع بقيمة الولد فلأنه ضمن سلامة الولد فى ضمن سلامة المبيع عن العيب ؛ لأن استحقاق الولد عيب فى الجارية ؛ لأن من منافعها كون ولد مولاه من مولاه حر الأصل بدون الاستحقاق ، فإذا فاتت هذه المنفعة فقد تعيبت ، وأما عدم الرجوع بالعقر فلأنه لزم لاستيفاء منافعها .

(٣) أى لا يرجع المشتري على البائع بالعقر بما لزمه من العقر ، وهو مهر المثل .

كتاب^(١) الإقرار

هو^(٢) إخبار عن ثبوت حق الغير على نفسه إذا أقر حرًا
مكلف بحق^(٣) صح^(٤) ولو^(٥) مجهولا كشيء وحق، ويجبر
أى بيان المجهول والمقر وجوزة إلا ما لا قيمة له كحبة حنطة لأنه هو المنكر
على بيانه، ويبين^(٦) ماله قيمة، والقول للمقر مع يمينه إن ادعى
المقر له أكثر منه، وفى^(٧) مال لم يصدق فى أقل من درهم،
أى مما بين

(١) قوله: "كتاب" مناسبتة أن المدعى عليه إما منكر أو مقر، وهو أقرب لغلبة الصدق من المدعى فى دعواه، ومن المقر فيما أقر به؛ لأن العاقل لا يقر على نفسه كاذبًا فيما فيه ضرر على نفسه وماله، فترجحت جهة الصدق فى حق نفسه لعدم التهمة، وكمال الولاية، بخلاف إقراره فى حق غيره، وهو لغة الإثبات، فإذا كان حسيًا، يقال: أقره، وإذا كان قوليًا أقر، يقال: أقر به، فالإقرار إثبات لما كان متزلزلا بين الجحود والثبوت. (الدر والطحاوى)

(٢) قوله: "هو" هذا فى الشريعة، وقيدته بأن يكون على نفسه؛ لأنه لو كان على غيره، أو لغيره يكون شهادة، ولنفسه يكون دعوى. (الزيلعى)

(٣) قوله: "صح" شرط لصحة الإقرار كونه حرًا مكلفًا، فلا يصح إقرار العبد المحجور أصلا، ولا المأذون له إلا فى أموال التجارة، ويصح إقرارهم بالحد والقصاص، وهذا لأن إقراره موجب لتعلق الدين بركبته، وهى مال المولى، فلا يصدق عليه، بخلاف المأذون؛ لأنه مسلط عليه من جهته، وبخلاف الحد والدم؛ لأنهما باقيان فى حقهما على أصل الحرية، حتى لا يصح إقرار المولى بهما على عبده، وعلى اعتبار كونه مكلف لا يصح إقرار الصبى والمعتوه والمجنون؛ لأن مدار أهلية التزام على التكليف إلا إذا كان الصبى مأذونًا؛ لأنه ملحق بالبالغ بحكم الإذن. (عز)

(٤) قوله: "ولو" أى صح إقراره، ولو كان المقر به مجهولا كشيء وحق، بأن قال: على فلان شيء أو حق، لأن الحق قد يلزمه مجهولا، بأن يتلف مالا، أو يجرح جراحة، أو يبقى عليه باقية حساب لا يعرف قيمته، ولا أرشها، ولا قدرها، وهو محتاج إليه لإبراء ذمته بالإيفاء، أو التراضى، فلا يمنع صحة الإقرار، بخلاف الشهادة؛ لأنها لا تجوز إلا بالعلم. (العيني مع زيادة والزيلعى)

(٥) لأنه أخبر عن الواجب فى الذمة ما لا قيمة له، لا يجب فيها.

(٦) قوله: "وفى" أى وفى قوله لفلان: على مال... إلخ] يعنى إذا قال: فلان على مال، لم يصدق فى أقل من الدرهم؛ لأن ما دونه من الكسور لا يطلق عليه اسم المال عادة، وهو المعتبر.

ومال عظيم^(١) نصاب، وأموال^(٢) عظام ثلاثة نصب، ودرهم^(٣)
 كثيرة عشرة، ودرهم^(٤) ثلاثة كذا^(٥) درهما درهم كذا كذا^(٦)
 أحد عشر كذا وكذا أحد وعشرون، ولو ثلث بالواو

(الزيلي)

(١) قوله: "مال عظيم" يعنى إذا قال: لفلان على مال عظيم، يجب نصاب؛ لأن صاحبه يعد غنياً، والغنى عظيم عند الناس، ثم إن قال: ابتداء عند الإقرار أو ثانياً عند البيان من الدراهم فبمائتى درهم، أو من الدنانير فبعشرين، أو من الإبل فبخمسة وعشرين؛ لأنه أدنى ما يجب فيه من جنسه، وهكذا فى غير مال الزكاة بقيمة النصاب. (عز والكشف مع تصرف)

(٢) قوله: "وأموال" أى وفى قوله: له على أموال عظام يجب ثلاثة نصب من أى مال فسره؛ لأن أقل الجمع ثلاثة، فلا يصدق فى أقل منه للتيقن به، وإن بينه بغير مال الزكاة، يعتبر أن تبلغ قيمته قدر ثلاثة نصب، ويعتبر الأدنى فى ذلك للتيقن به. (العينى)

(٣) قوله: "ودرهم" أى فى قوله: له على درهم كثيرة، يجب عشرة دراهم، وقالوا: مائتان؛ لأن صاحب النصاب مكثّر، وله أن العشرة أدنى مراتب الكثرة التى ترتب عليها الأحكام، كابتغاء النكاح وقطع اليد. (العينى والكشف)

(٤) قوله: "ودرهم" يعنى إذا قال: على درهم، يلزمه ثلاثة دراهم؛ لأنه أقل الجمع الصحيح، فصار متيقناً به، والزائد على ذلك مشكوك فيه. (الزيلي)

(٥) أى ولو قال له: على كذا درهماً، يجب درهم؛ لأن درهماً تفسير للمبهم.

(٦) قوله: "كذا وكذا" أى ولو قال: له على كذا كذا درهماً، يجب أحد عشر درهماً، ولو قال: له على كذا وكذا بحرف العطف، يجب أحد وعشرون درهماً، ولو ثلث بالواو، بأن قال: كذا وكذا وكذا درهماً، تزداد مائة على أحد وعشرين، فيجب مائة وأحد وعشرون.

ولو رُبع بأن قال: كذا وكذا وكذا وكذا درهماً، زيد على المائة واحد وعشرين ألف درهم، فيجب ألف ومائة وأحد وعشرون؛ لأن هذه الكلمات مبهمة، فيجب حملها على نظير من المفسر، فأقل عددين يذكران من غير حرف عطف بينهما أحد عشر، وحرف عطف بينهما أحد وعشرون، وثلاثة أعداد بحرف العطف مائة وأحد وعشرون، وأربعة أعداد بثلاثة حروف ألف ومائة وأحد وعشرون، ولو ثلث بلا واو يجب أحد عشر؛ لأنه لا نظير له، فلا يزداد على الأول.

ولو خمس بالواو، ينبغى أن يزداد عشرة آلاف، ولو سدس يزداد مائة ألف، ولو سبع يزداد ألف على هذا كلما زاد عدداً معطوفاً بالواو زيد عليه ما جرت العادة به إلى ما لا يتناهى. (العينى ملخصاً والزيلعى)

أى قال: لفظة كذا ثلاث مرات

يزاد مائة.

أى قال: لفظ كذا أربع مرات ولم يزد على ذلك (١) وقبلى إقراراً بدين، وعندى (٢)

أى فهو إقرار بالأمانة

معى فى بيتى فى صندوقى فى كيسى أمانة، قال (٣): لى عليك

ألف، فقال: اتزنه أو انتقده أو أجلنى به، أو قضيتكه، أو

أحلتك به فهو إقرار، وبلا كناية لا، وإن أقر بدين مؤجل،

(١) قوله: "وعلى" أى ولو قال: له على، أو قال: له قبلى فهو إقرار بدين؛ لأن كلمة على للوجوب، واشتقاقها من العلو، وإنما يعلوه إذا كان ديناً فى ذمته بحيث لا يجد بداً من قضاءه ليخرج عنه، وكلمة قبل تنبئ عن الضمان، يقال: قبل فلان عن فلان، أى ضمن، وسمى الكفيل قبيلاً لأنه ضامن، وسمى الصك الذى هو حجة الدين قبالة؛ لأنه يحفظه كالضامن.

ولو قال المقر فيها: أردت به وديعة، ووصل صدق؛ لأنهما ينبئان عن الوجوب والحفظ واجب على المودع، والمال محله، فجاز ذكر المحل وإرادة الحال مجازاً، ولكنه خلاف الظاهر، فلا ينصرف إليه عند الإطلاق، ويجوز تفسيره به متصلاً؛ لأنه يحتمله مجازاً، ولا يجوز منفصلاً؛ لأنه تقرر حكمه بالسكوت، فلا يجوز تغييره بعد ذلك، كسائر المغيرات من الاستثناء والشرط. (العيني والزيلي)

(٢) قوله: "وعندى" أى ولو قال: معى أو قال فى بيتى، أو قال: فى صندوقى، أو قال فى كيسى، فهو إقرار بالأمانة؛ لأن هذه المواضع محل للعين، لا للدين، إذ الدين محله الذمة، والعين يحتمل أن تكون مضمونة، أو أمانة، والأمانة أدناها، فيحمل عليها للتيقن به.

وهذا لأن كلمة عند للقرب، ومع للقران، وما عدهما لمكان معين، فيكون من خصائص العين، ولا يحتمل الدين؛ لاستحالة كونه فى هذه الأماكن، فإذا كانت من خصائص العين تعينت الأمانة لما ذكرنا. (العيني والزيلي)

(٣) قوله: "قال" أى ولو قال رجل لآخر: لى عليك ألف درهم مثلاً، فقال المخاطب: اتزنه، أى الألف، أو انتقده... إلخ، فهو إقرار، ولو قال بلا كناية، أى بغير هاء الضمير، بأن قال: اتزن، أو انتقد، أو أجلنى، أو قضيتك، أو أحلتك لا يكون إقراراً؛ لأن الهاء كناية عن المذكور فى الدعوى فى جميع ذلك، فصار كأنه أعاد المدعى، وهو الألف، فيكون إقرار بها.

وأما لو لم يكن فيها ضمير لا يكون إقراراً؛ لأنه لا دليل على انصرافها إلى المال المذكور، فيكون كلاماً مبتدأ، فلا يلزمه شيء.

وقال الشافعى وأحمد: فى اتزن وانتقد أنه ليس بإقرار، به قال بعض أصحاب مالك؛ لأنه يحتمل الإقرار، ويحتمل استهزاء والمبالغة فى الجحود، فلا يكون إقراراً بالشك. (العيني وشرح النقاية)

بأنه لم يكن

وإدعى المقر له أنه حال، لزمه^(١) حالا، وحلف المقر له على

الأجل، وعلى^(٢) مائة ودرهم، فهي دراهم ومائة وثوب يفسر

المائة، وكذا^(٣) مائة وثوبان، بخلاف مائة وثلاثة أثواب.

أقر بتمر في قوصرة^(٤) لزمه^(٥)، وبداية في إصطبل^(٦)

(١) قوله: "لزمه" لأنه أقر بحق على نفسه، وإدعى حقاً على المقر له، بإقراره حجة في حقه، ولا تقبل دعواه بغير حجة، كما إذا أقر بعبد في يده لرجل، وأنه استأجره منه، فإنه يقبل إقراره به له، ولا تسمع دعواه إلا بحجة، بخلاف ما إذا أقر بالدرهم السود، فصدقه المقر له في الأصل، وكذبه في الصفة، حيث يلزم السود، ولا يقبل قول المقر له فيه؛ لأن السود نوع من الدراهم، فالقول قول المقر في النوع، والأجل عارض لا يثبت بنفس العقد، بل بالشرط، فالقول قول المنكر في العوارض، وبخلاف إقرار الكفيل بالدين المؤجل، حيث يكون القول قوله في الأجل دون المقر له؛ لأن الأجل في الكفالة نوع، حيث يثبت فيها من غير شرط، بأن كفل ديناً مؤجلاً. (الزيلعي)

(٢) قوله: "وعلى" أي ولو قال: له على مائة درهم، فهي أي المائة دراهم استحساناً، ولو قال: له على مائة وثوب، يلزمه الثوب، لكن يرجع إليه في تفسير المائة؛ لأن واو العطف يمنع كون ثوب تفسيراً للمائة، فبقيت على إبهامها، وهو القياس في مائة درهم، وجه الاستحسان أنهم استقلوا تكرار لفظ في عدد واقع فيما يكثر استعماله، وهو المكيل والموزون، بخلاف نحو الثوب - وهذا لأن المكيل والموزون يثبتان في الذم حالا ومؤجلاً في جميع المعاملات، فيكثر استعمالهما، بخلاف نحو الثوب؛ لأنه لا يثبت في الذمة إلا سلماً، وبخلاف نحو الشاة، فإنه لا يثبت فيها أصلاً. (العيني والزيلعي والكشف)

(٣) قوله: "وكذا" أي وكذا الحكم في قوله: له على مائة وثوبان، يلزمه الثوبان، ويفسر المائة لما بينا، بخلاف ما إذا قال: له على مائة وثلاثة أثواب، حيث تكون الأثواب تفسيراً للمائة؛ لأنه ذكر عددتين مبهمين، ثم ذكر تفسيراً بدون حرف العطف، فانصرف إليها. (العيني والكشف)

(٤) القوصرة والقوصرة مخفف ومتقل: وعاء من قصب يرفع فيه التمر من البواري.

(٥) قوله: "لزمه" يعني التمرة والقوصرة، وفسر في الأصل بقوله: غصبت تمرأ في قوصرة، ووجهه أنه أقر بغصب تمر حال كونه مظروفاً، ولا يتصور ذلك بدون ظرفه، فلزمه، بخلاف ما إذا قال: غصبت تمرأ من قوصرة؛ لأن كلمة من للتزاع، فيكون مقراً بالمنزوع، وعلى هذا الطعام في الجوالق، أو في السفينة. (الزيلعي)

(٦) كجرد وحل، وبالسین: موقف الدواب شامية، والجمع إصطبلات وأصابيل.

يعني لا يلزمه الإصطبل م أى لو أقر بخاتم لأن الاسم يشملها جميعاً أى لو أقر بسيف أى للمقر
لزمته^(١) الدابة فقط، وبخاتم له الحلقة والفص، وبسيف له^(٢)
حديدة السيف عمدة السيف. لأن الاسم يطلق على هذه الجملة عادة، وهى المعتبرة فى الباب
النصل والجفن والحمائل^(٣)، وبحجلة^(٤) له العيدان^(٥)،

والكسوة وبثوب^(٦) فى منديل^(٧)، أو فى ثوب لزماءه،
وَبَثُوبٌ فِي عَشْرَةِ لَه^(٨) ثُوبٌ، وَبِخَمْسَةِ^(٩) فِي خَمْسَةِ، وَعَنَى بِهِ

(١) قوله: "لزمته" لأن غير المنقول لا يضمن بالغصب عندهما، وعلى قياس قول محمد رحمه الله: يضمنهما، وعلى هذا الطعام فى البيت، والأصل فى جنس هذه المسائل أن الظرف إن أمكن أن يجعل ظرفاً حقيقة ينظر، فإن أمكن نقله لزماءه، وإن لم يمكن نقله لزمه المظروف خاصة عندهما؛ لأن الغصب الموجب للضمان لا يتحقق فى غير المنقول.
ولو ادعى أنه لم ينقل المظروف لم يصدق؛ لأنه أقر بغصب تام، إذ هو مطلق، فيحمل على الكمال، وعند محمد رحمه الله لزماءه جميعاً؛ لأن غصب غير المنقول متصور عنده، وإن لم يمكن أن يجعل ظرفاً حقيقة، لم يلزمه إلا الأول، كقوله: درهم فى درهم، ولم يلزمه الثانى، لأنه لا يصلح أن يكون ظرفاً له. (الزليعى)

(٢) لأن الاسم يطلق على الكل.

(٣) جمع الحمالة - بكسر الحاء - وهى علاقة السيف.

(٤) الحلقة محركة كالقبة وموضع يزين بالثياب، والمستور العروس، والجمع حَجَلٌ وحجال.

(٥) جمع عود كالديدان جمع دود.

(٦) قوله: "وبثوب" أى ولو أقر بثوب فى ثوب لزماءه، أى الثوب والمنديل فى الصورة الأولى، والثوبان فى الصورة الثانية؛ لأنه ظرف؛ لأن الثوب يلف فى ثوب. (العينى والكشف)

(٧) المنديل والمنديل، والمنديل: نسيج يسمح به العرق وغيره، مذكر والجمع مناديل.

(٨) قوله: "له" أى ولو أقر بثوب فى عشرة أثواب له، أى للمقر له ثوب خاصة، وهذا عند أبى يوسف رحمه الله، وقال محمد رحمه الله: عليه أحد عشر ثوباً؛ لأن النفيس من الثياب قد يلف فى عشرة، فأمكن جعله ظرفاً، كقوله: حنطة فى جوالق، أو يحمل كلامه على التقديم والتأخير، فيصير كأنه قال: عشرة أثواب فى ثوب.

لأبى يوسف رحمه الله وهو قول أبى حنيفة رحمه الله أولاً أن العشرة لا تكون ظرفاً لثوب واحد عادة، والمنتمتع عادة كالمنتمتع حقيقة، إذا التعويل عليها، ولأن الثوب إذا لَفَّ فى ثياب كان كل واحد منهما مظهراً فى حق ما وراءه، فلا يكون ظرفاً إلا الثوب الذى هو ظاهر، فلا يتحقق أن يكون الكل ظرفاً لواحد، فلغا آخر كلامه.

أى الحسابى لزمه خمسة (ز ك د) أى ولو قال له... إلخ
 الضرب خمسة وعشرة^(١) إن عني مع له^(٢) على من درهم إلى
 أى للمقر له أى فى الصورتين (ز س م ز ك) أى ما بين
 عشرة، أو ما بين درهم إلى عشرة له تسعة.

لفلان أى لو قال له: من... إلخ
 له من دارى بين هذا الحائط إلى هذا الحائط، له ما
 أى ما بين الحائطين يعنى دون الحائطين
 بينهما^(٣) فقط، وصح^(٤) الإقرار بالحمل، وللحمل^(٥) إن بين^(٦)

وحمله على التقديم والتأخير لا يمكن؛ لأن فيه احتيالا لإيجاب المال مع الاحتمال؛ لأن فى قد
 تكون لمعنى البين، قال الله تعالى: ﴿فَادْخُلِي فِي عِبَادِي﴾ أى بين عبادى، فلا يجب لشك.
 وقوله: النفيس من الثياب قد يلف فى عشرة أثواب منقوض بما إذا قال: غصبت منه كرباسا فى
 عشرة أثواب حرير، فإنه يلزمه الكل عنده مع أنه ممتنع. (الزيلعى والعينى)

(٩) قوله: "وبخمس" أى لو قال له: على خمسة فى خمسة، وعنى به الضرب المصطلح عند
 الحساب، لزمه خمسة لما مر فى الطلاق أن عمل الضرب فى تكثير الأجزاء لا المال، فإذا قلت: خمسة
 فى خمسة، تريد به أن كل درهم من الخمسة مثلا خمسة أجزاء، وألزمه زفر بخمسة وعشرين. (عز)

(١) قوله: "وعشرة" [أى إن قصد المقر معنى مع] أى يلزمه عشرة إن أراد به معنى؛ لأن اللفظ
 وهو حرف فى يحتمله مجازا، فإذا نوى محتمل كلامه صحت نيته، لا سيما إذا كان فيه تشديد على
 نفسه على ما عرف فى موضعه. (الزيلعى بحذف)

(٢) قوله: "له" أى وفى قوله: على من درهم إلى عشرة، يلزمه تسعة فيهما عند الإمام؛ لأن
 الغاية لا تدخل تحت المغنى، لكن الأداة تدخل هنا بالضرورة؛ لأن الدرهم الثانى والثالث لا يتحقق بدون
 الأولى، وعندهما والأئمة الثلاثة يلزمه عشرة؛ لأن الغاية لا بد أن تكون موجودة، إذ المعدوم لا يصلح
 أن يكون حداً للموجود، فوجوده بوجوده، فتدخل الغائتان، وعند زفر يلزمه ثمانية، وهو اعتبر الحدين
 بالخارجين، وهو القياس؛ لأن بعض الغايات يدخل، وبعضها لا، فلا يدخل بالشك. (المجمع)

(٣) قوله: "ما بينهما" لأن الغاية لا تدخل تحت المغنى فى المحسوس، ولا المبدأ، بخلاف ما تقدم.
 (العينى)

(٤) قوله: "وصح" أى وصح إقراره، أى الرجل بالحمل، بأن يقر بحمل جاريته، أو شاة
 لرجل؛ لأن هذا الإقرار له وجه صحيح، وهو أن يكون أوصى به رجل ومات، وأقر وارثه بأن هذا
 الحمل لفلان، ويحمل عليه، وإن لم يبين السبب، وهذا باتفاق، وقال الشافعى: نقل المرنى عنه إن
 أطلق لا يصح، وفى قول: يصح، وهو الأصح، وبه قال أحمد، وقال مالك: يصح إن يتقن بوجود
 الحمل عند الإقرار.

وله أى وإقراره للحمل إن بين المقر سببا صالحا، بأن قال: أوصى له فلان، أو مات أبوه، وتركه
 ميراثا، وهو قيد للإقرار له، وإنما قيد به؛ لأنه إن بين فيه سببا غير صالح بأن قال: باعنى، أو أقرضنى،

م ف لُد
رجل بدين على أنه بشرط... إلخ
ثلاثة أيام
سبباً صالحاً^(١)، وإلا لا، وإن^(٢) أقر بشرط الخيار لزمه المال،
وبطل الشرط.

لا يصلح، وإن لم يبين سبباً لم يصح عند أبي يوسف، وقيل أبو حنيفة معه، وبه قال الشافعي، ويصح عند محمد، وبه قال مالك وأحمد والشافعي في الأصح؛ لأن هذا إقرار صدر عن أهله، فيجب إعماله، ويحمل على السبب الصالح تصحيحاً لكلام العاقل، ولأبي يوسف أن الإقرار المطلق ينصرف إلى الكامل، وهو الإقرار بسبب التجارة، وهو البيع ونحوه، فصار كأنه فسره به. (شرح النقاية)

(٥) أي لحمل امرأة مثلاً بأن يقول: مات أبو فورته، أو أوصى له به فلان.

(٦) قوله: "إن يئن" يتعلق بالإقرار للحمل، وهو الذي يشترط فيه بيان السبب الصالح؛ لأنه إن بين فيه سبباً صالحاً، بأن قال: مات أبوه فورته، أو أوصى له به فلان يجوز، وإلا فلا، وأما الإقرار بالحمل فيجاز بالإجماع، وإن لم يبين السبب. (الزيلعي بحذف)

(١) أي وإن لم يبين سبباً صالحاً لا يصح إقراره.

(٢) قوله: "وإن" معناه أنه إذا قال: على فلان ألف درهم قرض أو غصب، أو ودیعة، أو عارية قائمة، أو مستهلكة على أنه بالخيار ثلاثة أيام، وإنما لزمه؛ لأن الإقرار حجة ملزمة على ما بينا من قبل، وهو إخبار عن الكائن، وليس بإنشاء، والإخبار لا يقبل الخيار؛ لأن الخيار ليتغير به صفة العقد، ويتخير من له الخيار بين فسخه وإمضائه، والخبر لا يتصور فيه ذلك؛ لأنه إن كان صادقاً، فهو صدق، اختار أو لم يختر، وإن كان كاذباً لم يتغير باختياره، ولا بعدم اختياره، فتعين الإلغاء. (ز)

لما ذكر الإقرار بلا تغيير، شرع في بيان موجه مع التغيير بالاستثناء والشرع ونحوه

باب الاستثناء وما في معناه

أى لو كان الاستثناء متصلاً بإقراره. بعد الاستثناء، وهو المستثنى منه. أى لا يصح
صح^(٣) استثناء بعض ما أقر به متصلاً، ولزمه الباقي، لا^(٤)

(١) قوله: "الاستثناء" هو عندنا تكلم بالباقي بعد الثنيا باعتبار الحاصل من مجموع التركيب، ونفى وإثبات باعتبار الأجزاء، فالقائل له عشرة إلا ثلاثة له عبارتان مطولة، وهى ما ذكرناه، ومختصرة وهى أن يقول: له على سبعة، وهذا معنى قولهم: تكلم بالباقي بعد الثنيا، أى بعد الاستثناء، وعند الشافعى إخراج بعد الدخول بطريق المعارضة.

واستشكل بوقوعه فى الطلاق ونحوه، إذ لا يحتمل الرجوع والرفع بعد الوقوع، وتظهر ثمرة الخلاف فى نحو: له على ألف إلا مائة أو خمسين، عندنا يلزمه تسع مائة؛ لأنه لما كان تكلم بالباقي وكان مانعاً من الدخول شككنا فى المتكلم به، والأصل فراغ الذم، فكأنه قال: تسعمائة أو تسع مائة وخمسون، وعنده لما وصل الألف صار الشك فى المخرج، فيخرج الأقل، وهو خمسون، والباقي بحاله. (الدر والطحاوى)

(٢) فى كونه مغيراً كالشرط ونحوه.

(٣) قوله: "صح" لأن الاستثناء مع الجملة، أى الصدر عبارة من عن الباقي؛ لأن معنى قوله: على عشرة إلا درهماً، بمعنى قوله: على تسعة، ويصح استثناء الأقل أو الأكثر، وهو قول الأكثر لورودهما فى كلام الله تعالى، وهو المذهب، كما فى "التبيين".

وقال الفراء: استثناء الأكثر لا يجوز؛ لأن العرب لم يتكلم بذلك، وهو مذهب زفر، وفى "النهاية": وهو الصحيح، ولا فرق بين أن يكون استثناء الأقل أو الأكثر، وإن لم يتكلم به العرب، ولا يمتنع صحته، إذا كان موافقاً لطريقهم كاستثناء الكسور، ولم يتكلم به العرب، وهو الصحيح، ولا فرق بين أن يكون الاستثناء مما لا يقسم أو مما يقسم حتى إذا قال: هذا العبد لفلان إلا ثلثه، أو قال: إلا ثلثيه صح. (المجمع)

(٤) قوله: "لا" أى لا يصح استثناء الكل؛ لأن الاستثناء تتكلم بالحاصل بعده، ولم يبق شىء يصير متكلماً به، فيكون رجوعاً، فلا يصح، وهذا إذا كان الاستثناء بلفظ المستثنى منه، مثل أن يقول: على عشرة إلا عشرة، أو يقول: هؤلاء أحرار إلا هؤلاء، وأما إذا كان بخلاف لفظه يجوز، وإن أتى على الكل، وذلك مثل أن يقول: عبيدى أحرار إلا هؤلاء، أو يقول: نسائى طوالق إلا هؤلاء، أو يقول: عبيد أحرار إلا مباركاً وسالماً وزبيحاً، أو يقول: نسائى طوالق إلا زينب وعمرة وفاطمة، وليس له عبيد ولا نساء غير المستثنى، صح الاستثناء، فلا يعتق واحد منهم، ولا تطلق واحدة منهم؛ لأنه إذا اختلف اللفظ يتوهم بقاء شىء من المستثنى منه، إذ اللفظ صالح له، وذلك يكفى لصحة الاستثناء، ولا يشترط حقيقة البقاء؛ لأن الاستثناء يتبع صحة الكلام لفظاً لا بتحقيق ما دخل تحته. (الزيلي)

وهو الاستثناء المستغرق م زد وكذا للمعدود المتقارب كالفلوس والجوز
استثناء الكل، وصح^(١) استثناء الكيلى والوزنى، من الدراهم لا
غيرهما^(٢).

المقر أى لفظ "إن شاء الله" فلا يلزمه شيء
ولو وصل بإقراره إن شاء الله، بطل^(٣) إقراره، ولو^(٤)

(١) قوله: "وصح" قال فى "المجمع": ولو استثنى كيلياً، أو وزنياً، أو عددياً متقارباً من دراهم، بأن قال: له على مائة درهم إلا قفيز بر، أو إلا ديناراً، أو إلا مائة جوز، صح بالقيمة استحساناً عند الشيخين، ولزمه مائة درهم إلا قيمة القفيز، أو الدينار، أو الجوز؛ لأن الاستثناء إخراج البعض من المستثنى منه من حيث المعنى، إذ المقدرات جنس واحد معنى، ولو أجناساً صورة؛ لأنها تثبت فى الذمة ثمن، فكانت جنساً واحداً فى حكم الثبوت فى الذمة، والقياس أن لا يصح هذا الاستثناء، وهو قول محمد وزفر، وعن هذا قال: خلافاً لمحمد؛ لأن الاستثناء إخراج بعض ما يتناوله صدر الكلام على معنى أنه لو لا الاستثناء لكان داخلًا تحت الصدر، وهذا لا يتصور فى خلاف الجنس.

ولو استثنى منها، أى من الدراهم شاة، أو ثوباً، أو داراً، بطل اتفاقاً؛ لأن ذلك القدر لا يفيد الاتحاد الجنسى، بل لا بد من وجود الثمنية، ولو معنى، وقال مالك والشافعى: يجوز فى كل واحد من الكيلى والوزنى والعددى لتحقيق المجانسة من حيث المالية، فيطرح قدر قيمة المستثنى، ولزمه الباقي.

(٢) قوله: "غيرهما" حتى إذا قال: على ألف درهم إلا قفيز حنطة، أو إلا ديناراً صح، وكذا لو قال: على مائة دينار إلا قفيز شعير، أو إلا عشرة دراهم صح، ولو قال: على مائة درهم إلا ثوباً لا يصح. (الزيلعى بحذف)

(٣) قوله: "بطل" لأن التعليق بمشيئة الله إما إبطال عند أبى يوسف، أو التعليق عند محمد، والثمرة تظهر فى تقديم المشيئة، كقوله: إن شاء الله أنت طالق، فعند أبى يوسف لا يقع؛ لأنه إبطال، وعند محمد يقع؛ لأنه تعليق، فإذا قدم الشرط لما ذكرنا والجواب لم يتعلق، وبقي الطلاق من غير شرط، فإن كان الأول فقد أبطله، وإن كان الثانى، فكذلك، أما لأن الإقرار لا يحتمل التعليق، أو لأنه شرط لا يوقف عليه، وكذا إن علقه بمشيئة من لا تعرف مشيئته كالملائكة والجن أى إنشاء الجن أو الملائكة؛ لأنه لا تعرف مشيئتهم، فلا يقع عليها؛ لأن الأصل براءة الذم، فلا يثبت بالشك. (الكشف بتصرف والمجمع)

(٤) قوله: "ولو" أى ولو استثنى البناء من الدار، بأن قال: هذه الدار لزيد، والبناء لنفسى، فهما أى لدار والبناء جميعاً للمقر له؛ لأن البناء داخل فى الدار تبعاً لا مقصوداً باللفظ، حتى لو استحق البناء فى فصل البيع قبل القبض، لا يسقط شيء من الثمن بمقابلته، بل يتخير المشتري، والاستثناء تصرف فى الملقوط. (العيني والكشف)

فك د
استثنى البناء من الدار، فهما للمقر له، وإن^(١) قال:
بنيها لي، والعرصة لك، فكما قال.

رجل
شترينه منه
لقلان
للمقر
بأن ذكر عبدا بعينه المقر له أى إلى المقر أى المقر المشتري
ولو قال^(٢): على ألف من ثمن عبد لم أقبضه، فإن عين
العبد، وسلمه إليه، لزمه الألف، وإلا لا^(٣)، وإن لم يعين^(٤)

(١) قوله: "وإن" أى وإن قال المقر: بنيها لي، والعرصة أى البقعة لك، فهو أى الحكم، أو إقراره كما قال: بأن يكون البناء والعرصة للمقر له؛ لأن العرصة عبارة عن البقعة الخالية عن البناء، فكأنه قال: بياض هذه الأرض له دون البناء. (العيني والكشف)

(٢) قوله: "ولو قال" أى إن عين المقر العبد، وسلمه المقر له إلى المقر، لزم المشتري الثمن بهذا القيد؛ لأنه أقر له بألف على صفته، فيلزم على الصفة التى أقر بها، وهذه المسألة على وجوه، أحدها ما ذكرنا، وهو ما إذا صدقه وسلمه إليه، وحكمه ما ذكرنا؛ لأن ما ثبت بتصادقهما يكون كالثابت عياناً. والثاني: أن يقول المقر له: العبد عبدك ما بعته، وإنما بعته عبداً آخر، وسلمته إليك، والحكم فيه كالأول؛ لأنهما اتفقا على ما أقر به من أن كل واحد منهما يستحق ما أقر به، غير أنهما اختلفا فى سبب الاستحقاق، ولا يبالى باختلافهما، ولا باختلاف السبب عند حصول المقصود، واتحاد الحكم، فصار كما إذا أقر له بغصب ألف درهم، فقال المقر له: هى قرض، فإنه يؤمر بالدفع إليه لاتفاقهما على الاستحقاق.

والثالث: أن يقول: العبد عبدى ما بعته، وحكمه أن لا يلزم المقر شيء لما ذكرنا أنه أقر له على صفته، وهى سلامة العبد له، فلا يلزمه بدونها. والرابع: أن يقول المقر: لم أبعك هذا العبد، وإنما بعته عبداً آخر، فحكمه أن يتحالفا؛ لأنهما اختلفا فى المبيع، وهو يوجب التحالف. (الزيلعى)

(٣) أى وإن لم يسلم المقر له العبد إلى المقر لا يلزمه شيء.

(٤) قوله: "وإن لم يعين" أى وإن لم يعين المقر العبد لزمه الألف، كما إذا أقر بألف من ثمن خمر، فإنه يلزمه الألف، ولم يقبل قوله أنه لم يقبض الألف، ولا تفسيره بثمان الخمر، وصل أم فصل، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إن وصل صدق فى المسألتين، فلا يلزمه شيء.

وإن فصل لم يصدق، إذا أنكر المقر له أن يكون ذلك من ثمن عبد، أو خمر؛ لأنه أقر له، وبين سببه، وهو غير صالح؛ لأن ثمن عبد مجهول لا يجب، سواء كانت الجهالة عند العقد أو بعده باختلاف بأمثاله؛ لأنه يفسد به العقد، أو يهلك به المبيع قبل القبض، فلا يجب الثمن، وكذا ثمن الخمر لا يجب، وصدر كلامه يقتضى الوجوب، فصار بياناً مغيراً كالأستثناء والشرط، والمغير يصح موصولاً لا

لزمه الألف، كقوله^(١): من ثمن خمر، أو خنزير، ولو قال^(٢):
 من ثمن متاع، أو أقرضني، وهي زيوف^(٣)، أو نبهرجة^(٤) لزمه
 الجياد، بخلاف^(٥) الغصب والوديعة، ولو قال: إلا أنه ينقص
 كذا متصلاً، صدق^(٦) وإلا لا.

ومن أقرّ بغصب ثوب، وجاء بمعيب صدق، وإن قال:

مفصولاً.

ولأبي حنيفة رحمه الله أن صدر كلامه لما كان للوجوب فإتيانه في آخره ينافي الوجوب رجوع عنه،
 فلا يصح موصولاً، أو كان مفصولاً. (الزيلعي)

(١) أي كما يلزمه الألف في قوله له: على ألف من... إلخ.

(٢) قوله: "لو قال" أي لو قال: على ألف من ثمن متاع أو أقرضني، وهي أي الألف زيوف أو
 نبهرجة، أو ستوقه، أو رصاص لزمه الجياد؛ لأن البيع أو القرض على الجياد، فلا يجوز التفسير
 بضدها، هذا عند الإمام؛ لأنه رجوع عن إقراره، وصل أو فصل، وقال: يلزمه ما قال إن وصل، لما مرّ
 من أنه بيان تغير، فيصدق موصولاً لا مفصولاً، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

وإن قال: له على ألف من غصب أو وديعة، وهو زيوف أو نبهرجة، صدق اتفاقاً، وصل أو
 فصل، فيلزمه ما أقر به؛ لأن الغصب لا يقتضي السلامة، وكذا الوديعة؛ لأن الشخص يغصب بما
 يجده، ويودع بما يملكه، فلا يكون رجوعاً، بل بياناً للنوع، فصدق مطلقاً. (المجمع)

(٣) جمع زيف: وهو ما زيفه بيت المال ولا يقبله.

(٤) أي أو قال: هي نبهرجة.

(٥) بأن قال: غصبت منه ألفاً، أو أودعني ألفاً، ثم قال: هي زيوف، أو نبهرجة صدق مطلقاً.

(٦) قوله: "صدق" أي وقال المقر: له على ألف درهم إلا أنه ينقص كذا هي مائة درهم مثلاً،
 واستثنى ذلك استثناء متصلاً بكلامه، وإن لم يستثن متصلاً لا يصدق؛ لأنه استثنى القدر، فيكون
 تغييراً، فيصح موصولاً لا مفصولاً على ما بينا غير مرة.

ولو كان لانقطاع النفس، أو بسبب دفع السعال، فعن أبي يوسف أنه يصح إذا وصله به، وعليه
 الفتوى؛ لأن الإنسان يحتاج إلى أن يتكلم بكلام كثير، ويذكر الاستثناء في آخره، ولا يمكنه أن يتكلم
 بجميع ذلك بنفس واحد، فلو لم يجعل عذراً يكون عليهم حرج، وعليه الفتوى. (العيني بحذف
 والزيلعي)

أخذت منك ألفاً وديعة، وهلك، وقال: أخذتها غصباً،
 فالقول قول المقر له مع يمينه. المقر وهلك عندى
 أى لا يضمن المقر
 فهو ضامن، وإن قال: أعطيتها وديعةً، وقال: غصبتها لا^(١)،
 رجل الشئ أى كائنه لي المقر له المقر
 وإن قال: هذا كان وديعة لي عندك، فأخذته، فقال: هو لي
 جواب لقوله: وإن
 أخذه^(٢)، وإن قال: آجرتُ بعيري، أو ثوبى هذا فلاناً فركبه أو
 إلى، وقال: بل هالى فى ذلك (س م ف ك)
 لبسه، فردّه، فالقول للمقر^(٣)، ولو قال: هذا الألف وديعة فلانٍ
 الذى ذكره أى للمقر له الأول
 لا، بل وديعة لفلان، فالألف للأول، وعلى المقر مثله^(٤)
 عندي، ثم قال: لا... الخ
 أى للمقر له الثانى
 للثانى.

(١) قوله: "لا" والفرق أن الأخذ سبب الضمان الحديث: «على اليد ما أخذت حتى يرد» وهو يتناول رد العين حال بقاءها، ورد المثل حال زوالها، لقيامه مقامهما، وقوله: وديعة دعوى الإبراء، ولا بد لها من الحجة، وفي الفصل الثانى أضاف الفعل إلى غيره، وذلك الغير يدعى عليه الغصب، وهو ينكره. (الكشف)

(٢) قوله: "أخذه" لأن المقر أقر باليد له، ثم بالأخذ منه، وهو سبب الضمان على ما بينا، وادعى استحقاقه عليه، فلا تقبل دعواه، فوجب عليه رد العين إن كان قائماً، وإلا فقيمته، وكذا لو قال: أقرضتك ألف درهم، ثم أخذتها منك، يجب على المقر دفعها إليه لما ذكرنا. (ز)

(٣) قوله: "للمقر" استحساناً، والقياس أنها كالوديعة، وهو قولهما؛ لأن المقر اعترف بيد المقر له، ثم ادعى عليه الاستحقاق، فيقبل إقراره له دون دعواه عليه، وجه الاستحسان أن يد المستأجر ضرورية، تثبت لاستيفاء المعقود عليه، فهي عدم ما وراء الضرورة، فلا يكون له باليد مطلقاً، بخلاف الوديعة؛ لأن اليد فيها مقصودة، والإيداع إثبات اليد قصدًا. (الكشف والمجمع)

(٤) قوله: "مثله" لأنه لما أقر به للأول صح إقراره له، وصار ملكاً له لثبوت يده، وقوله بعد ذلك: لا بل وديعة لفلان إضراب عنه، ورجوع، فلا يقبل قوله فى حق الأول، ويجب عليه ضمان مثلها للثانى؛ لأنه أقر له بها، وقد أثلف عليه بإقراره بها للأول، فيضمن له؛ لأنه متعد بإقراره للأول فى حقه، بخلاف ما إذا قال: هى لفلان، لا بل لفلان، حيث لا تجب عليه للثانى؛ لأنه لم يقر بالإيداع منه، وإنما أقر به للأول، ثم رجع وشهد به للثانى، فرجوعه لا يصح، وشهادته لا تقبل. وفى مسألة الكتاب أقر بالإيداع من الثانى، وقد عجز عن رد الوديعة بفعله، فصار مستهلكاً لهما، فيضمن. (الزيلعى)

أفرد إقرار المريض بباب لكثرة أحكامه
(٢)

باب (١) إقرار المريض

أى الدين الذى لزمه

دين الصحة وما لزمه فى مرضه بسبب (٣) معروف، قدم (٤)

بدين أو عين

أى مرض موته

على ما أقر به فى مرضه، وأخر (٥) الإرث عنه، وإن أقر المريض

من الورثة

فكاد الإقرار

لوارثه بطل (٦)، إلا أن يصدق به البقية.

(١) قوله: "باب" أخر إقرار المريض إما لأن المرض عارض، والأصل عدم العارض، أو لأن فى إقرار المريض اختلافاً فى بعض الصور، كما سيجىء بيانه، وإقرار الصحيح ليس فيه اختلاف، فكان أقوى وبالتقديم أولى. (الشلبى)

(٢) أى إقراره بدين نافذ من كل ماله، وأخر الإرث عنه.

(٣) كالاتقراض والشرء بمثل القيمة مع قبض المبيع، والاستتجار والنكاح بمهر المثل، وكان كل منها بمعاينة الشهود. (الكشف)

(٤) قوله: "قدم" وقال الشافعى رحمه الله: دَين الصحة والمرض - أى دين المرض سواء كان بسبب معاين أو بإقراره - سواء؛ لأن إقراره فى المرض صدر عن عقل ودين، ومحل الوجوب الذمة، فصار كإنشاء التصرف مبايعة، ودين إنشاء التصرف فى المرض مساوٍ لدين الصحة، فكذا دين الإقرار فى المرض.

ولنا أن فى إقراره إبطال حق الغير؛ لأن حق غرماء الصحة تعلق عند حدوث المرض بهذا المال الاستيفاء، وأما قبل حدوثه فلم يتعلق حقهم بالمال لقدرته على الاكتساب، وهذا بخلاف النكاح بمهر المثل؛ لأنه من الحوائج الأصلية، وبخلاف المبايعة بمثل القيمة؛ لأن حقهم إنما تعلق بالمالية لا بالصورة. (الكشف مع تصرف)

والدين الذى لزمه بسبب معروف هو كل دين وجب عليه من ثمن ملكه أو استهلكه، أو علم وجوبه بالبيئة. (عز)

(٥) قوله: "أخر" لما عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه قال: إذا أقر الرجل فى مرضه بدين لرجل غير وارث، فإنه جائز، وإن أحاط ذلك بماله، وإن أقر لوارث فغير جائز، إلا أن يصدق به الورثة، والموقوف فيه كالمرفوع لأنه من المقادير، حيث قال: وإن أحاط بماله - أى كله - . (الكشف مع تصرف)

(٦) قوله: "بطل" وقال الشافعى فى أحد قولي: إنه يصح، ولنا قوله عليه السلام: «لا وصية لوارث ولا إقرار له بالدين»، هذه الزيادة شاذة غير مشهورة، وإنما المشهور أنها قول عمر، لكن لم يعرف له مخالف على ما فى "البدائع"، فكان: إجماعاً، ولأنه تعلق حق الورثة بماله فى مرضه، وفى الإقرار بإبطال حق الباقيين، فيه أن تعلق حقهم بعد الفراغ من الحوائج الأصلية والدين منها، والجواب أن ظهور

المريض أي استغرق المريض مجهول النسب
 وإن أقر لأجنبي صح^(١)، وإن أحاط بماله، وإن أقر لأجنبي
 أهم أنه ابن له ك أي المريض أي لامرأة أجنبية
 ثم أقر بينوته، ثبت نسبه، وبطل^(٢) إقراره، وإن أقر لأجنبية، ثم
 إقراره لها (٣) بخلاف^(٤) الهبة والوصية، وإن أقر لمن
 نكحها، صح^(٥) أي في المرض
 طلقها^(٥) ثلاثاً فيه، فلها الأقل^(٦) من الارث والدين، وإن أقر
 النسب أي لثل هذا المريض د فرك لوميزاً وإلا لم يحتج لتسديقه
 بغلام مجهول يولد مثله مثله أنه ابنه، وصدقه الغلام، ثبت^(٧)

الحاجة مشوب بالتهمة؛ لأن الدين لم يثبت إلا بإقراره، وهو متهم فيه بإيثار بعض الورثة حين عجزوا عن إثارة بالوصية.

وكون المرض حال الندامة والتدارك لا ينفي هذه التهمة لنص: ﴿فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا﴾ بعد قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ﴾ وقوله: إلا أن يصدقه البقية؛ لأن الحجر كان لحقهم، فإذا صدقوه، فقد أقرؤا بتقدمه عليهم، فيلزمهم. (الكشف مع تصرف)

(١) قوله: "صح" إذ لو لم يصح إقراره للأجنبي في المرض لامتنع الناس عن معاملته في الصحة، وقل ما يقع المعاملة مع الوارث؛ ولأنها للاسترباح، ولا استرباح مع الوارث لاستحياءه عن الماكسة معه، فلا بأس بامتناعه عنها. (الكشف مع تصرف)

(٢) قوله: "وبطل" لأن دعوة النسب تستند إلى زمان العلوق، فظهر أن البنوة ثابتة زمان الإقرار فبطل، إلا عند الشافعي في الأصح. (المجمع)

(٣) قوله: "صح" وقال زفر رحمه الله تعالى: يبطل لأنها وارثة عند الموت، فتحصل التهمة. ولنا: أنه أقر، وليس بينهما بسبب التهمة، فلا يبطل بسبب يحدث بعده، ولهذا قال في "البحر" وغيره: والعبرة لكونه وارثاً وقت الموت، لا وقت الإقرار، إلا إذا صار وارثاً بسبب جديد، كالتزويج وعقد المولاة. (المجمع)

(٤) قوله: "بخلاف" أي لو أوصى لأجنبية أو وهب لأجنبية شيئاً ثم تزوجها بطلت الوصية والهبة؛ لأن الوصية تمليك مضافاً إلى ما بعد الموت، وهي وارثة في هذا الوقت، فبطل الهبة في المرض وصيته.

(٥) أي بأمرها وإلا، فالواجب الإرث بالغاً ما بلغ.

(٦) قوله: "الأقل" لأنهما متهمان لقيام العدة، فلعله أقدم على هذا الطلاق ليصح إقراره لها زيادة على ميراثها، ولا تهمة في أقل الأمرين، فثبت. (الكشف)

(٧) قوله: "ثبت" لأن النسب من الحوائج الأصلية، وهو أيضاً إقرار على نفسه على ما بيناه،

من المقرّ وصليّة في الميراث
 نسبه ولو مريضاً^(١)، ويشارك الورثة، وصح^(٢) إقراره بالولد
 أي وصح إقرار المرأة
 والوالدين والزوجة والمولى، وإقرارها بالوالدين والزوج والمولى
 أي المرأة لصحة الإقرار
 وبالوالد إن^(٣) شهدت قابلة، أو صدقها زوجها، ولا بد^(٤) من

وليس فيه ضرر على غيره قصداً، فيصح، وقد ذكرناها في الدعوى والعتاق، وشرط أن لا يكون له نسب معروف؛ لأنه إذا كان له نسب معروف لا يمكن ثبوته، ولا حاجة إلى إثباته لاستغناء به عنه. وشرط أن يولد مثله لمثله كيلا يكذبه الظاهر، وشرط أن يصدق الغلام؛ لأن الحق له، فلا يثبت بدون تصديقه، إذا كان مميزاً، إذ الكلام فيه، بخلاف ما إذا كان لا يعبر عن نفسه حيث لا يعتبر تصديقه؛ لأنه في يد غيره، وقد ذكرناه من قبل، فإذا صح إقراره شارك الورثة في الميراث؛ لأنه من ضرورات ثبوت النسب. (الزيلعي)

(١) أي ولو كان المقرّ في حالة إقراره مريضاً.

(٢) قوله: "وصح" أي صحت هذه الأقاير كلها، إما لإقرار بكون الرجل ولده، أو والده، أو بكون المرأة أمه، فلأنه إقرار على نفسه، وليس فيه حمل النسب على الغير، وشرطه ما بيناه في الدين. وأما إقراره بأنها زوجته، أو بأنه مولاه فلأن موجب إقراره يثبت بينهما بتصادقهما من غير إضرار أحد، فينفذ.

وأما إقرار المرأة بكون الرجل والدها، أو بكون المرأة أمها، أو بكون الرجل زوجها، أو مولاه، فإن الأصل أن إقرار الإنسان على نفسه حجة لا على غيره، وبالإقرار بهؤلاء ليس فيه إلزام نفسها، فيقبل.

وأما إقرارها بكون الغلام ولدها، فصحته مشروطة بشهادة القابلة، أو تصديق الزوج؛ لأن قول القابلة حجة في تعيين الولد، والنسب يثبت بالفراش؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «الولد للفراش» والزوج هو صاحب الحق، فإذا صدقها فقد أقر به، فلزمهما بالإقرار له.

هذا إذا كانت ذات زوج أو معتدة، وادعت أن الولد منه؛ لأن فيه تحميل النسب عليه، فلا يلزمه بقولها، أما إذا لم يكن لها زوج ولا هي معتدة، أو كان لها، وادعت أن الولد من غيره، صح إقرارها؛ لأن فيه إلزاماً على نفسها دون غيرها، فينفذ عليها، فصار كما إذا ادعى هو الوالد، فإنه لو ادعى أنه ولده من امرأة لا يصدق في حقها إلا بتصديقها. (عز)

(٣) أي وصح إقرارها أيضاً بأحد الشرطين أشار إلى الأول بقوله: إن شهدت، وأشار إلى الثاني بقوله: وصدقها... إلخ.

(٤) قوله: "ولا بد" لأن إقرار غيرهم لا يلزمهم؛ لأن كلا منهم في يد نفسه إلا إذا كان المقر له صغيراً في يد المقر، وهو لا يعبر عن نفسه، أو عبداً له، فيثبت نسبه بمجرد الإقرار، ولو كان عبداً لغيره، يشترط تصديق مولاه. (الزيلعي)

(لأنه لا يصح (س م))

أى تصديق هؤلاء،

تصديق هؤلاء^(١)، وصح التصديق بعد^(٢) موت المقر إلا تصديق

بالزوجة أى بعد موت المرأة

الزوج بعد موتها.

نسبهما من الأب والجدلى للمقر بأنه أخوه أو عمه

وإن أقر^(٣) بنسب نحو الأخ والعم لم يثبت، فإن لم يكن

المقر له

أى للمقر بأنه أخوه أو عمه غير نحو الأخ والعم

لله وارث غيره قريب، أو بعيد ورثه، وإن كان^(٤) لا، ومن

(١) يعنى تصديق الولد والولدين والزوجة والمولى والزوج.

(٢) قوله: "بعد" يعنى إذا أقر بنسب أو نكاح ثم مات المقر، فصدقه المقر له بعد موته، صح تصديقه إلا إذا أقرت المرأة بالزوج، فصدقها بعد موتها، فإنه لا يصح، أما الأول فلأن النسب يبقى بعد الموت، وكذا إقرار الزوج بالزوجة، فصدقه بعد موته؛ لأن حكم النكاح باق فى حقها، وهو العدة، فإنها من آثار النكاح، ولهذا جاز لها غسله ميتا، كما فى حالة الحياة.

وأما الثانية: وهى ما إذا أقرت المرأة بالزوجة، فصدقها بعد موتها، فالذكر هنا قول أبى حنيفة، وعندهما يجوز تصديقه بعد موتها؛ لأن النكاح ينتهى بالموت، ولا يبطل كالنسب، والمتنهى متقرر، فيصح تصديقه، وهذا لأن النكاح يبقى بعد موتها فى حق الإرث، والإقرار قائم؛ لأن التكذيب من الزوج لم يوجد، فيصح التصديق فى هذه الحالة، فيثبت النكاح بتصادقهما، فيرث منها، إذا ثبت بتصادقهما كالثابت عياناً، ولهذا لو أقام البينة بعد موتها على النكاح تقبل، ولو لا أن النكاح قائم فى حق الإرث لما قبلت، فكذا بتصادقهما يعمل فيه، أيضاً كالبينة.

ولأبى حنيفة رحمه الله أن النكاح قد انقطع بالموت، ولم يبق له أثر، وأما الإرث فحكم يثبت بعد الموت، والنكاح إنما ينتهى فى حق حكم كان قبل الموت، وأما المستقبل فالنكاح معدوم فيه، فلو صححنا الإقرار والنكاح معدوم، صححناه لإثبات الإرث ابتداء، فيكون التصديق واقعاً فى شىء هو معدوم فى الحال من كل وجه، فلا يجوز، بخلاف جانبها؛ لأنه أمكن جعل النكاح باقياً ببقاء أثره، وهو العدة على ما مر. (ز)

(٣) قوله: "وإن أقر" يعنى إذا أقر بنسب على غيره، لم يثبت من ذلك الغير لعدم ولاية عليه، وذلك مثل الأخ والعم، فإنه إقرار على الأب أو الجد، بأنه آيته، وكذا إذا أقر بالجد أو بابن الابن، فإنه لا يصح؛ لأن فيه حمل النسب على الغير، فلا يجوز بدون إقامة البينة إلا فى حق نفسه، حتى تلزمه الأحكام من النفقة والحضانة والإرث إذا تصادقا؛ لأن إقرارهما حجة عليهما. (الزيلعى)

(٤) قوله: "وإن كان" أى إن كان للمقر وارث، لا يرث المقر له؛ لأن النسب لم يثبت بإقراره، فلا يستحق الميراث مع وارث معروف قريباً كان ذلك الوارث، كذوى الأرحام، أو بعيداً كمولى الموالاة، وإن لم يكن له وارث غيره ورثه؛ لأن إقراره حجة فى حق نفسه، فيقبل عند عدم الإضرار بغيره، وهذا لأنه أقر بشيئين بالنسب وباستحقاق ماله بعده، وهو فى النسب مقر على غيره، فيردّ، وفى

مات أبوه، فأقر بأخ شركه^(١) في الإرث، ولم يثبت^(٢) نسبه،
 الميت أى وللميت أى شخص آخر درهم
 وإن ترك ابنين وله على آخر مائة، فأقر أحدهما بقبض أبيه
 أى وكذبه الآخر أى وللابن الآخر بعد ما يحلف
 خمسين منها، فلا شيء^(٣) للمقر، وللآخر خمسون.

استحقاق ماله مقر على نفسه، فيقبل عند عدم المزاحم؛ لأن ولاية التصرف في ماله عند عدم الوارث يضعه حيث شاء، حتى كان له أن يوصى بجميع ماله، فكذا له أن يجعله لهذا المقر؛ لأنه وصيته من وجه، حتى كان للمقر أن يرجع عن الإقرار؛ لأن نسبه لم يثبت، فلا يلزمه، كالوصية إرث من وجه حتى لو أوصى لغيره بأكثر من الثلث لا ينفذ إلا بإجازة المقر له ما دام المقر مصرّاً على إقراره، كأنه وارث حقيقة. (الزيلعي)

(١) قوله: "شركت" فيستحق المقر له نصف نصيب المقر مطلقاً، سواء كان ثمة وارث آخر أم لا. (الكشف مع تصرف)

(٢) قوله: "ولم يثبت" لأن إقراره تضمن أمرين، حمل النسب على الغير، ولا ولاية له عليه، والاشتراك في المال، وله فيه ولايته، فيثبت. (الكشف)

(٣) قوله: "فلا شيء" لأن الإقرار باستيفاء الدين إقرار بالدين على الميت؛ لأن المقبوض غير الدين، فيكون مضموناً على القابض ديناً في ذمته، ثم يتقاصان، فإذا كذبه أخوه لا يصدق عليه، فينفذ في حقه خاصة، فوجب على الميت خمسون درهماً على زعمه، والدين مقدم على الميراث، فاستغرق نصيبه، فلا يأخذ منه شيئاً، كما إذا أقر بدين آخر، وكذبه أخوه، وليس له أن يشارك أخاه في الخمسين، وإن تصادقا على أنه مشترك بينهما؛ لأنه لو رجع المقر على أخيه، لرجع أخوه على الغريم بما بقى من الدين على زعمه، ثم رجع الغريم على المقر بما زاد على الخمسين مما أخذه من أخيه المكذب؛ لأن الوارث لا يأخذ شيئاً إلا بعد قضاء الدين، فيؤدى إلى الدور. (الزيلعي)

كتاب الصلح^(١)

شرعاً من بين المدعى والمدعى عليه بأن لا يقر ولا ينكر
هو عقد يرفع النزاع، وهو جائز^(٢) بإقرار وسكوت
الصلح من المدعى عليه هذا الصلح
وإنكار، فإن وقع عن مال بمال بإقرار، اعتبر^(٣) بيعاً، فيثبت^(٤)

(١) هو في اللغة بمعنى المصالحة، مناسبتة أن إنكار المقر سبب الخصومة المستدعية للصلح.

(٢) قوله: "جائز" وبه قال مالك وأحمد، وقال الشافعي: لا يصح إلا مع الإقرار؛ لأن المدعى عليه يدفع المال لدفع الخصومة، وذلك مع غير للإقرار رشوة، ولما روى أبو داود في "سننه"، وابن حبان في "صحيحه" من حديث أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً»، ورواه الترمذي من حديث كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده.

ووجه الدلالة أن الصلح مع إنكار، أو سكوت أحل حراماً، وحرم حلالاً؛ لأن المدعى إن كان محقاً، كان أخذه المدعى به حلالاً قبل الصلح، وحراماً عليه بعده، وإن كان مبطلاً، كان أخذ المال على الدعوى الباطلة حراماً عليه، قبل الصلح حلالاً بعده.

ولنا إطلاق قوله تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ وإطلاق أول الحديث السابق، وأما آخره فمعناه أحل حراماً لعينه كالصلح على خمر، أو حرم حلالاً لعينه، كصلح المرأة على أن لا يطأ ضرثها، وهذا أولى في معناه؛ لأن الصلح مع الإقرار في العادة يقع على بعض الحق، فما زاد على المأخوذ إلى تمام الحق كان حلالاً للمدعى أخذه قبل الصلح، وقد حرم بالصلح، وكان حراماً على المدعى عليه قبل الصلح، وقد حل بالصلح.

ولأن الصلح عن إنكار أو سكوت صلح بعد دعوى صحيحة، فيقضى بجوازه؛ لأن المدعى يأخذه عوضاً عن حقه في زعمه، وهو مشروع، والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه، وهو أيضاً مشروع؛ لأن المال خلق لصيانة الأنفس عن الممالك والمفاسد، ودفع الضرر أمر جائز. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "اعتبر" لأن معنى البيع قد وجد فيه، وهو مبادلة المال بالمال عن تراض، فتجرى فيه أحكام البيوع، وهذا لأن الأصل في الصلح أن يحمل على أشبه العقود له، فتجرى عليه أحكامه؛ لأن العبرة للمعاني، دون الصور، ولهذا جعلت الهبة بشرط العوض بيعاً، والكفالة بشرط براءة الأصل حوالة، والحوالة بشرط أن لا يبرأ الأصل كفالة، ثم إذا وقع عن مال بمال ينظر، فإن وقع على خلاف جنس المدعى فهو بيع وشراء كما ذكر هنا، وإن وقع على جنسه، فإن كان بأقل من المدعى، فهو حظ وإبراء، وإن كان بمثله فهو قبض واستيفاء، وإن كان بأكثر منه فهو فضل وربا. (الزليعي)

(٤) قوله: "فيثبت [تفريع على قوله: اعتبر بيعاً]" أي تثبت الشفعة في الصلح عن عقار، أو على عقار، كما يثبت في البيع، فللشفيع حق المطالبة في كل منهما، والرد بالعيب، بأن كان بدل الصلح عبداً

أى فى هذا الصلح فى العقار أى جواز الرد... إلخ أى ويثبت خيار الرؤية والشرط فيه الشفعة، والرد بالعيب، وخيار الرؤية والشرط، لأنه بيع فصار كجهالة الثمن. الذى وقع عليه الصلح وتفسده جهالة البذل، لا^(١) جهالة المصالح عنه، وإن^(٢) فى الصلح عن إقرار وهو المصالح عن إقرار استحق بعض المصالح عنه، أو كله، رجع المدعى عليه بحصة أى الاستحقاق. وهو بدل الصلح الذى دفعه إلى المدعى ذلك من العوض أو ب كله، ولو استحق المصالح عليه، أو بعضه المدعى على المدعى عليه رجع بكل المصالح عنه أو ببعضه.

الصلح عن إقرار هذا الصلح. تفريع على كون هذا الصلح إجارة وإن وقع^(٣) عن مال بمنفعة اعتبر إجارة، فيشترط^(٤)

مثلاً، فوجد المعنى فيه عيباً، له أن يرده، وخيار الرؤية بأن لم ير المصالح م وقع عليه الصلح وقت الصلح، ثم رآه فله الخيار والشرط بأن يصالح على شيء، فشرط أحدهما الخيار لنفسه؛ لأن هذه الأشياء من أحكام البيع، فثبت فيه. (المجمع)

(١) قوله: "لا" أى لا تفسد جهالة المصالح عنه؛ لأنه يسقط، وجهالة الساقط لا تقضى إلى المنازعة خلافاً للشافعى، وفى "العناية": تفصيل فليطالع. (المجمع)

(٢) قوله: "وإن" صورته ادعى زيد داراً مثلاً فى يد عمرو، فأقر عمرو، صالح زيداً على مائة درهم، فصارت المائة فى يد زيد والدار فى يد عمرو، ثم استحق نصف الدار مثلاً، وكلما يرجع عمرو على زيد بخمسين درهماً فى الأولى، وبمائة درهم فى الثانية، وإن استحق بعض البذل، أو كله رجع المدعى هو زيد على المدعى عليه، وهو عمرو بكل الصالح عنه، أو بعضه؛ لأن كل واحد منهما عوض عن الآخر فأيهما أخذ منهما بالاستحقاق، رجع بما دفع أن كلا فبالكل، وإن بعضاً فبالبعض. (المجمع بحذف)

(٣) قوله: "وإن وقع" صورته: ادعى على رجل شيئاً، فاعترف به ثم صالحه على سكنى داره سنة، أو على ركوب دابة معلومة، أو على لبس ثوبه، أو خدمة عبده، أو زراعة أرضه مدة معلومة، يكون إجارة، لما ذكرنا، أو يحمل على أشبه عقود له، إذ العبرة للمعانى، فوجب حمله عليها لوجود معناها فيه، وهو تمليك المنافع بعوض. (المجمع والزيلعى)

(٤) قوله: "فيشترط" لأنه إجارة، وهذا حكمها على ما عرف فى موضعه، وإنما يشترط التوقيت فى الأجبر الخاص، بأن ادعى شيئاً، فوقع الصلح على خدمة العبد، أو سكنى سنة، وفيما عداه لا يشترط التوقيت، كما إذا صالحاً على صبيغ الثوب، أو ركوب الدابة، أو حمل الطعام إلى موضع. ولو مات أحدهما، أو محل المنفعة قبل الاستيفاء، بطل الصلح، فيرجع بالدعاء، ولو كان ذلك بعد استيفاء بعض المنفعة، بطل فى ما بقى، ويرجع بالمدعى بقدره، وهذا كله قول محمد رحمه الله وهو

أى توقيت استيفاء المنفعة الصلح أى أحد المتخاصمين

التوقيت، ويبطل بموت أحدهما، والصلح عن سكوت وإنكار

لأنه يأخذ بدل الصلح على أنه عوض فى زعمه

فداء^(١) لليمين فى حق المنكر، ومعاوضة فى حق المدعى، فلا

تفريع على ما قبله أى المدعى والمدعى عليه أى بالإنكار والسكوت أى المدعى والمدعى عليه

شفعة^(٢) إن صالحاً عن دار بهما، وتجب^(٣) لو صالحاً على دار

أى بالإنكار والسكوت مع المستحق

بهما، ولو استحق^(٤) المتنازع فيه، رجع^(٥) المدعى بالخصومة،

القياس؛ لأنه إجارة، وهى تبطل بذلك. (الزيلعى)

(١) قوله: "فداء" وهذا فى الإنكار ظاهر؛ لأن بالإنكار تبين أن ما يعطيه، فقطع الخصومة، وفداء اليمين، وكذا فى السكوت؛ لأنه يحتمل الإقرار والإنكار، وعلى تقدير الإقرار يكون عوضاً وعلى تقدير الإنكار لا يكون، فلا يثبت كونه عوضاً بالشك، ويجوز أن يختلف حكم العقد، وغيره فى شخصين، كما فى الإقالة، فإنها فسخ فى حق المتعاقدين بيع فى حق ثالث وكالخلع، فإنه معاوضة من جانب المرأة يمين من جانب الزوج، وكالنكاح، فإنه حل فى حق المتناكحين تحريم مؤبد فى حق أصولهما، وكالجهة الواحدة فى تحرى القوم عند اشتباه القبلة، فإنها قبلة فى حق من وقع تحريه عليه دون الآخر. (شرح النقاية)

(٢) قوله: "فلا شفعة" صورته: ادعى رجل على آخر داره، فسكت الآخر، أو أنكر، فصالح عنها بدفع شئ آخر، لم تجب الشفعة؛ لأن المدعى عليه يأخذها على أصل حقه، ويعطى المال دفعاً للخصومة، لا أنه يشترى بهما، ولا يلزمه زعم المدعى؛ لأن المرء لا يؤخذ إلا بزعمه. (المجمع)

(٣) قوله: "وتجب" صورته: ادعى على رجل شيئاً، فصالحه على دار، فدفعها إليه، وحيث فيها الشفعة؛ لأن المدعى يدعى أنه يأخذها عوضاً عما ادعى، فكان معاوضة على زعمه، فتجب فيها الشفعة؛ لأن كل إنسان يؤخذ بزعمه حتى لو ادعى داراً، فأنكر فصالحه عنها على دار أخرى، وجبت الشفعة فى التى صالح عليها دون الأخرى. (العيني وز)

(٤) قوله: "ولو استحق" يعنى لو ادعى رجل على شخص شيئاً، فأنكر ثم صالحه على شئ، ثم استحق المدعى كله، أو بعضه، رد المدعى العوض الذى أخذه كله، أو بعضه قدر ما استحق على المدعى عليه، ورجع هو بالخصوص مع المستحق؛ لأنه أخذه على زعمه عوضاً عما ادعى، فإذا استحق ذلك، يرجع عليه المدعى عليه بناء على زعمه، كأنه اشتراه منه، وإنما يرجع المدعى بالخصومة؛ لأن المستحق قام مقام المدعى عليه حين أخذ المدعى منه، فيكون له أن يخاصمه. (الزيلعى بحذف)

(٥) قوله: "رجع" توضيحه: زيد ادعى داراً فى يد عمرو، فأنكر عمرو، أو سكت، ثم صالح على مائة، فصارت المائة فى يد زيد، والدار فى يد عمرو، ثم استحق كل الدار، فإن زيداً يرد المائة على عمرو، ويرجع بالخصومة فى الدار إلى المستحق. (العيني)

أى المدعى عليه أى العوض الذى أخذه. أى بقدر ما استحق. أى الذى وقع عليه الصلح
 ورد البديل، ولو بعضه^(١) فبقدره، ولو استحق المصالح عليه،
 وقد كان الصلح عن سكوت أو إنكار
 أو بعضه رجع إلى الدعوى^(٢) فى كله، أو بعضه، وهلاك^(٣)
 وهو العوض أى فى الصلح عن إقرار، والصلح عن إنكار وسكوت
 بدل الصلح قبل التسليم كاستحقاقه فى الفصلين.

فى أقسام الصلح

فصل

أى وعن دعوى المنفعة. أى وعن دعوى الجناية
 الصلح^(٤) جائز من دعوى المال والمنفعة^(٥) والجناية^(٦)،

(١) قوله: "بعضه [أى لو استحق بعضه]" صورته استحق نصف الدار مستحق فى المسألة المذكورة، يرد زيد خمسين إلى عمرو، ويرجع إلى المستحق بالخصومة فى النصف الباقي. (العيني)

(٢) قوله: "الدعوى" أى استحق الذى وقع عليه الصلح فى يد المدعى، رجع المدعى إلى الدعوى فى كله إن استحق كل العوض، أو فى بعضه إن استحق البعض؛ لأن المدعى ما ترك الدعوى إلا ليسلم له البديل، فإذا لم يسلم له، رجع بالمبدل، وهو الدعوى، بخلاف ما إذا وقع الصلح بلفظ البيع، بأن قال أحدهما: بعثك هذا الشيء بهذا، وقال الآخر: اشتريت حيث يرجع المدعى عند الاستحقاق على المدعى عليه بالمدعى نفسه، لا بالدعوى؛ لأن إقدام المدعى عليه بالمبايعه إقرار منه، بأن المدعى ملك المدعى، فلا يعتبر إنكاره، بخلاف الصلح؛ لأنه لم يوجد منه ما يدل على أنه أقر بالملك له؛ إذ الصلح قد يقع لدفع الخصومة. (الزيلعى)

(٣) قوله: "وهلاك" أى إن هلك بدل الصلح قبل التسليم، فحكمه كما إذا استحق بدل الصلح فى الفصلين، أى الإقرار والإنكار، وفى صورة الإقرار إذا هلك بدل الصلح يرجع المدعى على المدعى عليه بكل المصالح عنه، أو ببعضه، وفى صورة السكوت والإنكار يرجع بالدعوى فى كله، أو ببعضه، وهذا فى فصل الإقرار ظاهر؛ لأنه بيع حقيقة على ما مر، وكذا فى فصل الإنكار والسكوت؛ لأنه بيع فى حق المدعى، فيبطل بهلاكه (عز)

(٤) قوله: "الصلح" يعنى يجوز الصلح إذا كانت دعوى المدعى دعوى مال؛ لأنه فى معنى البيع فى حقهما إن وقع بمال عن إقرار، أو فى حق المدعى وحده إن وقع عن إنكار، أو سكوت، وفى حق الآخر لا فتداء اليمين، وقطع الخصومة، أو فى معنى الإجارة إن وقع عنه بمنافع، وكل ذلك جائز. (الزيلعى مع زيادة)

(٥) قوله: "والمنفعة" أى يجوز الصلح إذا كانت دعوى المدعى دعوى المنفعة، كأن يدعى فى دار سكنى سنة وصية، ومن صاحبها، فجحد الوارث، أو أقر، فصالحه على مال، أو منفعة جاز، لأن الأخذ بالعوض عنها بالإجارة جائز، فكذا الصلح، لكن إنما يجوز عن المنفعة على المنفعة، إذا كانتا

أى بخلاف ما إذا صالح عن الدعوى فى الحد.
عطف على قوله: من دعوى المال
بـخلاف^(١) الحد، ومن^(٢) النكاح^(٣) والرق، فكان

مختلفى الجنس، بأن يصالح عن السكنى على خدمة العبد مثلاً .
وأما إذا اتحد جنسهما، كما إذا صالح عن السكنى على السكنى مثلاً، فلا يجوز، كما فى الدر وغيره .

وإنما احتيج إلى هذا التصوير؛ ولأن الرواية محفوظة على أنه لو ادعى استئجار عين، والمالك ينكر، ثم صالح لم يجز، كما فى "السراج" وغيره، لكن فى "البحر": أن الصلح عن دعوى المال مطلقاً، والمنفعة جازر كصلح المستأجر مع المؤجر عند إنكاره الإجارة، أو مقدار المدة المدعى بها أو الأجرة، وكذا الورثة إذا صالحوا الموصى له بالخدمة على مال مطلقاً، والمنافع إن اختلف جنسهما، فإنه يجوز لا إن اتحد - انتهى - . (المجمع مع زيادة)

(٦) قوله: "والجناية" أى ويصح الصلح عن دعوى الجناية فى النفس من القتل، وفى ما دونها من نحو شبح الرأس، وقطع اليد عمداً كانت الجناية، أو خطأ، أما العمد فللقوله تعالى: ﴿فَمَنْ عَفَىٰ كَ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ﴾ أى من أعطى له بدل أخيه المقتول شىء بطريق الصلح، فلولى القتل اتباع المصالح بحسن المعاملة على المصالح أداء إلى ربى القتل .

وأما الخطأ فلأن موجه المال، فالصلح كان عن المال، لكنه لا تصلح الزيادة على قدر الدية والأرش على أخذ مقادير الدية للربا إلا إذا قضى القاضى بأخذ مقاديرها، فصالح على جنس آخر منها بزيادة جاز، بخلاف الصلح عن القود، حيث تجوز الزيادة فيه على قدر الدية، وكذا على الأقل؛ لأنه لا موجب له فى المال، ولو وقع الصلح على غير مقاديرها جاز، كيف ما كان لعدم الربا، لكن يشترط القبض فى المجلس ليخرج عن أن يكون ديناً بدين . (المجمع)

(١) قوله: "بخلاف" يعنى بخلاف ما إذا صالح عن دعوى حد بأن رفع الزانى أو شارب الخمر أو القاذف، فصالح هو الرافع حتى يترك الدعوى، لا يجوز الصلح، فله أن يرجع بما دفع؛ لأن الحدود حق الله تعالى لا حق الرافع، والاعتياض عن حق الغير لا يجوز، ولهذا لو ادعت المرأة أن ولدها من زوجه المطلق، فأنكر وصالحها على شىء حتى تترك كان الصلح باطلاً؛ لأن النسب حق الولد . (الزيلعى)

(٢) قوله: "ومن" أى يجوز الصلح عن دعوى النكاح، هذا إذا كان الرجل هو المدعى والمرأة تنكر؛ لأنه أمكن اعتبار الصحة فيه، بأن يجعل فى حقه فى معنى الخلع؛ لأن أخذ المال عن ترك البضع خلع، والصلح يجب حملة على أقرب العقود إليه على ما مر ذكره، وفى حقها لاقتداء اليمين، وقطع الخصومة، فكان صحيحاً .

وإن كانت هى المدعية، والزوج ينكر، ذكر فى بعض نسخ المختصر أنه لا يجوز؛ لأنه لو جعل ترك الدعوى منها طلاقاً، فالزوج لا يعطى العوض فى الفرقة، إذ لم يسلم له شىء فى هذه الفرقة، وهى يسلم لها المال والنفس، وإن لم يجعل فرقة، فالحال بعد الصلح على ما كان عليه قبله، فتكون هى على دعوها، فلا يكون هذا الصلح مفيداً قطع الخصومة، فلا يصار إليه، وذكر فى بعضها أنه يجوز؛ لأنه جعل كأنه زادها على مهرها، ثم خالعه على أصل المهر دون الزيادة، فيسقط المهر دون الزيادة .

خلعاً وعتقاً على مال، وإن^(١) قتل العبد المأذون رجلاً عمداً، لم للمولى. مذهبنا كان أو لا
يجز صلحه عن نفسه، وإن قتل عبد له رجلاً عمداً، فصالح الصلح مطلقاً أيضاً الغاصب
عنه جاز، ولو صالح^(٢) عن المغضوب المتلف بما زاد على

(٣) قوله: "والرق" أى ويصلح الصلح أيضاً عن دعوى الرق، كما إذا ادعى على مجهول النسب أنه عبده، ثم تصالحه على شيء معين، وكان عتقاً بمال فى حق المدعى، وفى حق الآخر لرفع الخصومة؛ لأنه أمكن تصحيحه بهذا الاعتبار فصح، ولا ولاء له عليه لأنكار العبد إلا أن يقيم المدعى البينة بعد ذلك، فتقبل فى حق ثبوت الولاء عليه لا غير هذا إذا أنكر العبد الرق، أما إذا صالحه بإقراره، فيثبت الولاء. (المجمع)

(١) قوله: "وإن" لو صالح العبد المأذون له ولى المقتول عن عبده جاز، وعن نفسه لا يجوز، أما الأول فلأن تصرفه فى عبده من باب التجارة، فيملك التصرف بيعاً واستخلاصاً، وأما الثانى فلأن رقبته ليست من التجارة، ولذا لا يملك التصرف فيها بيعاً، فلا يملك استخلاصاً بمال المولى، إلا أن ولى القتل لا يقتله بعد الصلح؛ لأنه عفا عنه ببدله، ولا يجب عليه البذل للحال، ويتأخر إلى ما بعد العتق، بخلاف المكاتب حيث يجوز أن يصلح عن نفسه (عز)

(٢) قوله: "ولو صالح" أى وإن صالح الغاصب عن مغضوب تلف بأكثر من قيمته، أى قيمة العبد قبل القضاء بالقيمة جاز، يعنى أن من غصب ثوباً، أو عبداً قيمته ألف، أو استهلكه، فصالحه على ألفين جاز عند الإمام، وقالوا: يبطل الفضل من قيمته، إن كان مما لا يتغابن الناس فيه؛ لأن حقه فى القيمة، والزائد عليها ربا، وله أن حقه فى الهالك باق، وإنما ينتقل إلى القيمة بالقضاء، فإذا تراضيا على الأكثر كان اعتياضاً، فلا يكون ربا.

وإن صالح عنه بعرض صح مطلقاً، أى سواء كانت قيمته أكثر من قيمة المغضوب أو لا اتفاقاً؛ لأن الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس.

وإنما قلنا: قبل القضاء لأنه إذا قضى القاضى بالقيمة، ثم تصالحا بأكثر من قيمة لا يجوز إجماعاً، كما فى أكثر المعترات، فعلى هذا لو قيد كما قيدنا لكان أولى قيد بكون الصلح على أكثر من قيمته بعد الاستهلاك، إذ لو كان قبله يجوز اتفاقاً، وكذا لو صالحه بغير جنسه يجوز اتفاقاً، وكذا لو صالح على طعام موصوف فى الذمة حالا، وقبضه قبل الافتراق، فجاز بالإجماع، كما فى العناية.

وإن أعتق عبدٌ مؤسراً عبداً مشتركاً بينه وبين آخر، وصالح الشريك عن باقيه بأكثر من نصف قيمته، أى العبد بطل الفضل بالاتفاق، أما عندهما فظاهر، والفرق للإمام أن القيمة فى العتق المنصوص عليه، وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضى، فلا تجوز الزيادة عليه، بخلاف ما تقدم، لأنها غير منصوص عليها، وإن صالحه بعرض صح كيف ما كان لما مر أنه لا يظهر الفضل عند اختلاف الجنس قيد المعتق بكونه مؤسراً، إذ لو كان معسراً لا تلزم عليه قيمته نصيب شريكه، بل تلزم على العبد سعاية. (المجمع)

أى أو صالح على الخ ^{بينه وبين آخر} قيمته، أو على عرضٍ صح، ولو أعتق ^ع موسراً عبداً مشتركاً،
 أى المعتق ^{أى لا يصلح الصلح} فصالحه الشريك على أكثر من نصف قيمته لا، ومن وكل
 أى عن الموكل ^{الوكيل} رجلاً بالصلح عنه، فصالح لم يلزم ^(١) الوكيل ما صالح عليه ما
 أى عن رجل آخر. ^{رجل} لم يضمه، بل يلزم الموكل، وإن صالح ^(٢) عنه بلا أمر صح
 المصالح ^{المصالح الصلح} أى إلى مال نفسه ^{المصالح} إن ضمن المال، أو أضاف إلى ماله، أو قال: على ألف، وسلم،
 ولزمه الألف ^{أى وإن لم يجز} وإلا توقف، فإن أجازه المدعى عليه جاز، وإلا بطل.

(١) قوله: "لم يلزم" هذا إذا صالح عن إنكار، أو سكوت، أو عن إقرار فى دم عمداً، وفيما لا يحمل على المعاوضة، كالصلح على بعض الدين؛ لأن الوكيل فى هذه الأشياء سفير ومعبّر، وهذا لأن الصلح على الإنكار معاوضة بإسقاط الحق، وكذا الصلح عن العقود، وأما الصلح عن بعض الدين فإسقاط محض، فصارت هذه الأشياء بمنزلة الطلاق على مال، ولهذا جاز هذا الصلح من الأجنبى، كما يجوز الخلع منه، فلا يلزم الوكيل شيء إلا بالالتزام. وأما إذا صالح عنه فيما يحمل على المعاوضة، بأن كان عن مال بمال عن إقرار، فإن الوكيل يلزمه ما صالح عليه، ثم يرجع به على الموكل؛ لأن الوكيل أصيل فى المعاوضة، فترجع الحقوق إليه دون الموكل، فيطالب هو بالعوض دون الموكل. (الزيلعى)

(٢) قوله: "وإن صالح" قال فى شرح نقاية: وإن صالح فضولى، بأن صالح رجل عن آخر بغير أمره، وضمن البذل، أو أضاف إلى ماله، بأن قال: صالحتك على عبدى فلان، أو أشار إلى نقد، بأن قال: على هذا الألف، أو عرض، بأن قال: على هذا الثوب، أو أطلق ونقد، بأن قال: على ألف وسلمها إليه، صح الصلح فى جميع هذه الصور؛ لأن الحاصل للمدعى عليه البراءة، والساقط يتلاشى ويضمحل، فاستوى الفضولى والمدعى عليه.

وإن أطلق ولم ينقد، بأن قال: صالحتك على ألف فهو موقوف إن أجازه المدعى عليه جاز؛ لأن نفع الصلح وهو رفع الخصومة حاصل له، ولزم البذل المدعى عليه لالتزامه إياه باختياره، وإلا، أى وإن لم يجزه المدعى عليه، ردّ، لأن المصالح هنا، وهو الفضولى لا ولاية له على المطلوب، فلا ينفذ تصرفه عليه.

وهو الذي يثبت في الذمة

باب (١) الصلح في الدين

الصلح (٢) عما استحق بعقد المدائنة أخذ (٣) لبعض حقه،
 أي وجب مثل البيع نسيئة خبر

المديون دائنه حالة في ذمة

وإسقاط للباقي لا معاوضة، فلو صالح عن ألف على نصفه،

أو على ألف مؤجل جاز (٤)، وعلى دنائير مؤجلة، أو عن

ألف مؤجل، أو سود على نصف حال، أو بيض لا (٥).

(١) قوله: "باب" وقال المصنف: لما ذكر حكم الصلح عن عموم الدعاوى، ذكر في هذا الباب حكم الخاص، وهو دعوى الدين؛ لأن الخصوص أبداً يكون بعد العموم. (الطحطاوى)

(٢) قوله: "الصلح" هكذا ذكر في نسخ المختصر، كقوله: عما استحق، وهذا سهو؛ لأنه صالح عن الدين لا يكون جميع صورته استيفاء لبعض حقه، وإسقاطاً للباقي، وإنما يكون كذلك إن لو وقع الصلح عن الدين على بعض الدين، ألا ترى أنه وقع بجنس آخر يحمل على المعاوضة. والصواب أن يقال: الصلح على ما استحق بعقد المدائنة... إلخ، فإنه يكون أصلاً جيداً لا يرد عليه نقض، وهكذا ذكر القدوري رحمه الله في مختصره بقوله: وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المدائنة، لم يحمل على المعاوضة، وإنما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه. وذكر بعضهم أن الإحسان متى وجد من أحد الجانبين يكون تبرعاً، وإن وجد من الجانبين يكون معاوضة، وإنما لم يحمل على المعاوضة إذا وقع على بعض الدين؛ لأن في حمله عليها فساد العقد للربا، وفي حمله على أنه استوفى بعض حقه وأسقط الباقي جوازه، فكان أولى حملاً لأموال المسلمين على الصحة ما أمكن، وظهر حاله يدل على ذلك؛ لأنه يطلب الصحة دون الفساد، إذ عقله ودينه يمنعانه عن ارتكاب محظور دينه (ز).

وقد تكلف العيني في دفع ما أورده الشارح، فليطالع. (عز)

(٣) قوله: "أخذ" صورته: رجل له على آخر ألف درهم، فصالح عنها على خمس مائة جاز، ويجعل مستوفياً لنصف حقه، ومبرأ له عن النصف الآخر. (العيني)

(٤) قوله: "جاز" أما في الأولى فلأنه صار كأنه أبرأه عن خمس مائة، وأما الثانية فلأنه صار كأنه أجّل نفس الحق، إذ لا يمكن جعله معاوضة، لأن بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز. (عز)

(٥) قوله: "لا" يعنى لو صالحه عن ألف درهم على دنائير مؤجلة، أو عن ألف مؤجل على خمس مائة بيض، لا يجوز في الفصول الثلاثة، أما في الأول فلأن الدنانير غير مستحقة بعقد المدائنة، فلا يمكن حمله على التأخير، فلا وجه سوى المعاوضة، وبيع الدراهم بالدنانير نساً لا يجوز، وكذا في الثاني، لأن المعجل خير من المؤجل، وهو غير مستحق بالعقد الأول، فيكون بإزاء ما حطه في عقد

درهم أى صاحب الألف لمن عليه الألف. وهو خمسمائة
ومن له على آخر ألف، فقال: أد غدا نصفه على

أنك برىء من الفضل، ففعل^(١) برىء، وإلا لا^(٢)، ومن قال
لآخر: لا أقرّ لك بمالك حتى تؤخره عني، أو تحط، ففعل
صح^(٣) على الدائن عليه.

فى الدين المشترك

فصل^(٤)

دين^(٥) بينهما صالح أحدهما عن نصيبه على ثوب
من الدين المشترك المديون أى بين اثنين

الصلح عنه، وذلك اعتياض عن الأجل، وهو حرام (لأن حرمة ربا النسيئة بشبهة مبادلة المال بالأجل، فلأن تحرم حقيقتها أولى) وهكذا البيض فى الثالث غير مستحق بعقد المداينة، وهى زيادة، فيكون معاوضة الألف بخمس مائة وزيادة وصف وهو ربا؛ (لأن الوصف لا يقابله شئ من الثمن عند مقابلة الربوى بجنسه، فيلغوا الوصف، ويبقى الألف بمقابلة خمس مائة. (الزيلي والكشف بتصرف)
(١) من عليه الألف، وذلك بأن أدى إليه فى العقد خمسمائة.

(٢) قوله: "ولا إلا لا" أى وإن لم يؤد غداً بالنصف، فلا يبرأ عند الطرفين، خلافاً لأبى يوسف، فإنه قال: يبرأ وإن لم يؤد، ولا يعود إليه النصف الساقط أبداً؛ لأنه أبرأ مطلقاً لأنه جعل الأداء عوضاً عن الإبراء نظراً إلى كلمة "على"، والأداء لا يصلح أن يكون عوضاً لوجوبه عليه، فصار ذكره كعدمه. ولهم أنه إبراء مقيد بشرط الأداء، وإنه غرض صالح حذراً من إفلاسه، أو يتوصل بهما إلى ما هو الأنفع من تجارة رابحة، أو قضاء دين، أو دفع جنس، فإذا عدم الشرط بطل الإبراء، وكلمة على تحتل الشرط، فتحمل عليه عند تعذر المعاوضة تصحيحاً لكلامه، وعملاً بالعرف. (المجمع)

(٣) قوله: "صح [هذا الفعل و لزمه]" أى لزمه وليس له مطالبته فى الحال بما حط،؛ لأنه يس بمكره عليه؛ لأنه لو شاء لم يفعل حتى يقيم البينة، أو يحلفه، فينكل، أطلقه وهو مقيد بما إذا قاله سراً، أما إذا قاله علانية لزمه جميع الدين بلا تأخير إن أخر، ولا حط إن حط. (عز)

(٤) قوله: "فصل" قال الاتقانى: لما ذكر مطلق الدين شرع فى الدين المشترك؛ لأن الاشتراك عارض، والأصل عدم العارض. (الشلبى)

(٥) قوله: "دين" اعلم أن الدين المشترك ما وجب بسبب متحد، كثمن المبيع، بأن كان لكل واحد منهما عين على حدة، أو كان لهما عين واحدة مشتركة بينهما، وباعا الكل صفقة واحدة من غير تفصيل ثمن نصيب كل واحد منهما، أو قيمة العين المشتركة المستهلكة، أو بدل القرض من المال المشترك بينهما،

لشريكه أن يتبع المديون بنصفه، أو يأخذ نصف الثوب من

شريكه إلا أن يضمن ربع الدين، ولو قبض نصيبه شركه^(١)

أي الشريكان من الدين وهو المديون

فيه^(٢)، ورجعا بالباقي على الغريم.

أحد الشريكين من الذي عليه الدين

ولو اشترى بنصيبه شيئاً ضمنه^(٣) ربع الدين، وبطل^(٤)

أو يكون الدين موروثاً بين اثنين، إذا تمهد هذا.

فقول: صورة المسألة أن الدين المشترك كان لرجلين على زيد مثلاً، فصالح أحد الدائنين زيداً عن نصيبه على ثوب، فكل من الشريكين يخير بين أمرين: فللشريك غير المصالح أن يتبع المدين بنصيبه، أو يأخذ نصف الثوب من شريكه.

وللشريك المصالح أن يدفع إلى شريكه نصف ما وقع عليه الصلح، أو ربع الدين؛ لأن أحد الشريكين لا يختص بالمقبوض من الدين، إذ لا تجوز قسمته قبل القبض، والمقبوض خير من الدين، فقضيته أن يضمنه ربع الدين، ولا يكون له سبيل على الثوب، لكن الصلح مبنى على الخط، فلو ألزم بناء ربع الدين لتضرر المصالح؛ لأنه قد لا يبلغ قيمة الثوب كله ربع الدين، فأثبتنا له الخيار بين أن يرجع على المديون بنصيبه، وبين أن يأخذ نصف ما وقع عليه الصلح، وإذا رجع على المصالح أثبتنا للمصالح الخيار أيضاً بين أن يدفع نصف ما وقع عليه الصلح أو ربع الدين، دفعاً للضرر عنها بقدر الإمكان. (عز)

(١) قوله: "شركه" لأن قسمة الدين لا تتصور، والمقبوض بدل عنه، فله أن يشاركه فيه إن شاء، لكونه عين حقه من وجه، حتى كان للطالب أن يأخذ منه إذا ظفر به بغير إذن الغريم، ويجبر الغريم على القضاء، ولا إجبار على المبادلة، فإذا كان عين حقه من وجه كان له أن يشاركه فيه، بخلاف ما إذا اشترى به ثوباً، حيث لا يكون له أن يشاركه فيه؛ لأنه مبادلة من كل وجه، بل يضمنه ربع الدين إن شاء، ولأنه أتلّف عليه نصيبه، وإن شاء رجع على الغريم؛ لأنه حقه عليه في الحقيقة، وإنما كان له أن يشاركه في الثوب في فصل الصلح، كيلا يلزم المصالح الضرر، وهنا انتفى الضرر، لما ذكرنا، فيرجع بربع الدين، ثم يرجعان على الغريم لاستواءهما في الاقتضاء. (الزيلعي)

(٢) أي في الدين الذي قبضه.

(٣) قوله: "ضمنه" يعني إن شاء؛ لأنه صار قابضاً له لنصيبه بالمقاصة، ولا ضرر عليه؛ لأن مبنى البيع على الماكسة، بخلاف الصلح على ما بينا، ولا يقال: قسمة الدين قبل القبض لا تتصور، فكيف تتصور المقاصة فيه؛ لأننا نقول: قسمة الدين قبل القبض تجوز ضمناً، وإنما لا تجوز قصداً، وهنا وقعت القسمة في ضمن صحة الشراء، أو صحة المصالحة، وكم من شيء يصح ضمناً، ولا يصح قصداً، وللغريم أن لا يتبع القابض في الجميع ويرجع على المديون؛ لأن للقابض حقه إلا أن له حق المشاركة، فكان له أن يشاركه. (الزيلعي)

(٤) قوله: "بطل" وهذا عند الطرفين؛ لأنه يستلزم جواز قسمة الدين في الذمة، وإنها لا تجوز

أى أحد الشئ يكن فى سلم من رأس المال
 صلح أحد ربى السلم من نصيبه على ما دفع، وإن أخرجت
 الورثة أحدهم عن عرض، أو عقار بمال^(١)، أو عن ذهب^(٢)
 دفعوها إليه أى قل ما أعطوه أو كثر
 بفضة، أو بالعكس^(٣) صح^(٤)، قل أو كثر، وعن^(٥) نقدين
 مثل العقار والعروض مصدرية ظرفية بفتح الطاء: أى الذى أعطوه أى نصيبه
 وغيرهما بأحد النقدين^(٦) لا، ما لم يكن المعطى أكثر من حظه

خلافاً لأبى يوسف، قال: عنده يجوز؛ لأنه دين مشترك، فإذا صالح أحدهما على حصته جاز كسائر الديون، كما فى "شرح الكنتز" للعنى.
 وإنما شرط على دفع رأس المال؛ لأن الصلح على غير رأس المال لا يجوز بالاتفاق؛ لما فيه من استبدال المسلم فيه.

وفى "التنوير": صالح أحد ربى السلم عن نصيبه على ما دفع، فإن أجازته الآخر نفذ عليهما، وإن رده رد وبطل، ثم قال: وهذه العبارة أولى من قول "الكنتز"، وهو اختيار المصنف، وبطل إلى آخره؛ لأنه ليس بباطل، بل هو صحيح موقوف إلا أن يراد به أنه سيبطل على تقدير عدم الإجازة - انتهى - .
 (المجمع)

(١) أى أو أخرجه عن عقار، هى التركة.

(٢) أى أو أخرجه عن ذهب، هو التركة.

(٣) أى أخرجه عن فضة هى التركة بذهب دفعوه إليه.

(٤) قوله: "صح" لأنه يحمل على المبادلة؛ لأنه صلح عن عين، ولا يمكن حمله على الإبراء، إذ لا دين عليهم، ولا يتصور الإبراء عن العين، وبيع العقار والعروض بالقليل والكثير جائز، وكذا بيع الذهب بالفضة لعدم الربا باختلاف الجنس. (ز)

(٥) قوله: "وعن [أى ولو أخرجه عن . . . إلخ]" أى لو صالح عن الفضة والذهب وغيرهما من العروض والعقار على الذهب والفضة، لا يجوز الصلح حتى يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس، حتى يكون قدر نصيبه بنصيبه، والزائد بحقه من بقية التركة؛ لأنه لما حمل على المعاوضة لتعذر حمله على الإبراء من الأعيان، وجب اعتبار الشرط المعاوضة فيه، وذلك بما ذكرنا؛ لأنه لو أعطوه قدر حقه، أو أقل يكون العروض أو العروض، وبعض الذهب أو الفضة حاصلًا لهم بلا عوض، فيكون ربا، وكذا إذا لم يعلم قدر نصيبه، لاحتمال الربا؛ لأن الفساد على تقدير أن يكون مساوياً له، أو قل، فكان أرجح وأولى باعتبار. (الزيلعى)

(٦) أى بإعطاء أحدهما.

منه^(١)، ولو في التركة دين^{أى أخرجت الورثة أحدهم} على الناس، فأخرجوه ليكون الدين لهم بطل^{الصلح}^(٢)، وإن^{أى الورثة}^(٣) شرطوا أن يبرأ الغرماء منه^(٤) صح، ولو على الميت دين محيط^(٥)، بطل^{أى قسمة الدين}^(٦) الصلح والقسمة.

(١) أى من ذلك النقد الذى دفعوه إليه .

(٢) قوله : " بطل " لأن فيه تمليك الدين الذى هو حصة المصالح من غير من عليه الدين ، وهم الورثة ، فبطل ثم تعدى البطلان إلى الكل ، لأن الصفقة واحدة ، سواء بين حصة الدين أو لم يبين عند الإمام ، وينبغى أن يجوز عندهما فى غير الدين إذا بين حصته . (المجمع)

(٣) قوله : " وإن " هذه حيلة لصحة الصلح الذى حكم بطلانه ، أولاً ، فإنه إسقاط وتمليك الدين من غير من عليه الدين ، ولا يخفى أن فى هذا الوجه ضرراً لساير الورثة ، حيث لا يمكنهم الرجوع على المديون بقدر نصيب المصالح ، ونوع نفع لهم حيث لا يبقى للمصالح حق فيما على المديون ، فإذا وجد الضرر مع النفع فى محل لا يعد مثل هذا الضرر ضرراً ، فتصير هذه الحيلة مقبولة عند البعض . (محمد إعزاز على غفر له)

(٤) أى من الدين الذى هو نصيب المصالح .

(٥) بالتركة بأن لا يبقى شئ بعد أداءه .

(٦) قوله : " بطل " لأن الورثة لا يملكون التركة فى هذه الحالة ؛ لأن الدين المستغرق يمنع من دخول التركة فى ملك الوارث ؛ لأن حاجته مقدمة على الإرث ، وإن لم يكن مستغرقاً بالدين ، لا ينبغى لهم أن يقسموه ، أو يصالحوا عنه ، وإن فعلوا ذلك جاز استحساناً ، والقياس أن لا يجوز ؛ لأن كل جزء من أجزاء التركة مشغول بالدين ، لعدم الأولوية إلى جزء دون جزء ، فصار كالمستغرق ، فيمنع من دخوله فى ملك الورثة .

وجه الاستحسان : أن الإنسان لا يخلو عن دين قليل ، فلو منع غير المستغرق منه تملك الوارث أدى إلى الحرج ، أو إلى أن لا يملكوا أصلاً .

فقلنا : بأنهم يملكونه دفعاً للضرر عنهم إلا أنهم يرفعون من التركة قدر الدين ، ويترك يقضى به الدين كيلا يحتاجوا إلى نقض القسمة . (الزيلعى بحذف)

كتاب^(١) المضاربة^(٢)

هي^(٣) شركة بمال من جانب وعمل من جانب،
 والمضارب أمين^(٤)، وبالتصرف وكيل، وبالربح شريك^(٥)،
 وبالفساد^(٦) أجير، وبالحلاف^(٧) غاصب، وباشتراط^(٨) كل

(١) قوله: "كتاب" قال ملا مسكين: هي كالمصالحة من حيث إنها تقتضى وجود البذل من جانب واحد... اهـ، قال السيد الحموى: وفيه تأمل؛ لأن الصلح إذا كان عن مال يكون بيعاً، والبيع يقتضى وجود المبادلة من الجانبين... اهـ، وفيه أنه لا يلزم فى المناسبة أن تكون من كل الوجوه، قد اعتبرت هنا فى قسمين من الصلح، الصلح عن إنكار أو سكوت. (الطحاوى)

(٢) قوله: "المضاربة" هي لغة مفاعلة من الضرب فى الأرض، يعنى السير، قال الله تعالى: ﴿وَأَخْرَوْا يَصْرَبُونَ فِي الْأَرْضِ يَتَّبِعُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾ أى يسافرون للتجارة ونحوها، سمى بها؛ لأن العامل فيها سير فى الأرض غالباً لطلب الربح.

ولأن المضارب يستحق لسعيه وعمله، فهو شريك فى الربح، وهى مشتقة من الضرب فى الأرض والتصرف، وأهل المدينة يسمون هذا العقد مقارضة من القرض بمعنى القطع، فصاحب المال قطع قدره من ماله عن تصرفه، وجعل التصرف فيه إلى العامل بهذا العقد، فسمى به. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "هي" يعنى المضاربة عقد شركة بمال من أحد الشريكين، وعمل من الآخر، هذا فى الشرع، والمرد بالشركة الشركة فى الربح، حتى لو شرطاً فيها الربح لأحدهما لا تكون مضاربة. (الزيلعى)

(٤) لأنه قبضه بإذن المالك لا على وجه البذل والوثيقة.

(٥) لأنه هو المقصود من عقد المضاربة، فثبوت الشركة من ضرورة صحتها.

(٦) قوله: "وبالفساد" أى المضاربة إجارة فاسدة إن فسدت؛ لأن الواجب له حينئذ فى مقابلة عمله أجر المثل، كالإجارة الفاسدة، فلا ربح له، أى للمضارب، بل له أجر مثل عمله، سواء ربح أو لا، به قال الشافعى، وأحمد فى رواية؛ لأن الأجر يجب بتسليم المنافع أو العمل، وقد وجد العمل، فيجب أجر المثل، ولا يزداد فى أجر العمل للمضارب على ما شرطه من الربح عند أبى يوسف؛ لأنه رضى به، خلافاً لمحمد، فإنه قال له أجر المثل، ولو زاد على ما شرط. (شرح النقاية بحذف وتصرف)

(٧) قوله: "وبالحلاف" أى إذا خالف المضارب لما شرطه رب المال يكون غاصباً؛ لوجود التعدى على مال غيره؛ لأن صاحبه لا يرضى أن يكون فى يده، إلا على الوجه الذى أمره به، فإذا خالف فقد

أى طالب بضاعة، وهى أن يعمل له متبرعاً.
 الربح له مستقرض، وباشتراطه لرب المال مستبضع^(١)، وإنما^(٢)
 المضاربة موصولة أى بين رب المال والمضارب
 تصح بما^(٣) تصح به الشركة^(٤)، ويكون^(٥) الربح بينهما مشاعاً،
 دراهم أى فللمضارب لما ذكرنا
 فإن^(٦) شرط لأحدهما زيادة عشرة، فله أجر مثله، ولا

تعدى، وبه قال مالك والشافعى وأحمد وأكثر أهل العلم. (عز)

(٨) قوله: "وباشتراط" أى إذا شرط أن يكون الربح كله للمضارب يكون المضارب مستقرضاً، وإنما صار المضارب مستقرضاً باشتراط كل الربح له؛ لأنه لا يستحق الربح كله إلا إذا صار رأس المال ملكاً له؛ لأن الربح فرع المال، كالثمرة للشجرة، وكالولد للحيوان، فإذا شرط أن يكون جميع الربح له، فقد ملكه جميع رأس المال مقتضى، فقضيته أن لا يرد رأس المال؛ لأن التملك لا يقتضى الرد، كالهبة وغيره، لكن لفظة المضاربة تقتضى رد رأس المال، فجعلناه قرضاً لاشتماله على المعنيين عملاً بها. (عز)

(١) قوله: "مستبضع" أى إذا شرط أن يكون الربح كله لرب المال يكون المضارب مستبضعاً؛ لأن المضارب لما لم يطلب لعمله بدلاً، وعمله لا يتقوم إلا بالتسمية، كان وكيلاً متبرعاً، وهذا معنى البضاعة، فكانه نص عليها. (شرح النقاية)

(٢) قوله: "وإنما" معناه لا تصح إلا بما تصح به الشركة؛ لأنها عقد شركة فى الربح، فلا يصح إلا بما يصح الشركة. (عز)

(٣) وهو الدراهم والدنانير فقط عندهما، وعند محمد رحمه الله تعالى مثلهما الفلوس النافقة.

(٤) فتفسد المضاربة إن شرط لأحدهما عشرة دراهم مثلاً.

(٥) قوله: "ويكون" لأن عدم شيعه بينهما، بأن سمياً منه لأحدهما دراهم، أو دنانير، يؤدى إلى قطع الشركة فيه على تقدير أن لا يزداد على المسمى. (شرح النقاية)

(٦) قوله: "فإن" صورتها فى "الجامع الصغير" محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة رضى الله عنه: فى رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة على أن الربح بينهما نصفان، وعلى أن للذى أخذ المال مضاربة زيادة من الربح عشرة دراهم، قال لا خير فى هذا، أوله أجر مثله فيما عمل -إلى أنها لفظ محمد فى أصل "الجامع الصغير" - وذلك لأن المضاربة عقد على الشركة، فما أدى إلى قطع الشركة، كان فاسد الفوات المقصود من عقد المضاربة، وهذا الشرط يؤدى إلى قطع الشركة، فيكون العقد فاسداً؛ لأنه ربما لا يربح إلا هذا القدر، فلا يحصل للآخر شيء، وإذا فسدت المضاربة، كان للعامل أجر مثل عمله؛ لأنه ابتغى بعمله عوضاً، فإذا لم يسلم له ذلك لفساد العقد، كان له أجر المثل، كما فى الإجارة الفاسدة. (الشلبى)

يجاوز^(١) عن المشروط^(٢)، وكل شرط يوجب جهالة الربح
 أى عقد المضاربة لا يفسد العقد أى الخسران
 يفسده^(٣)، وإلا^(٤) لا، ويبطل الشرط كشرط الوضعية على
 رب المال فى المضاربة المطلقة أى حال أى إلى أجل
 المضارب، ويدفع^(٥) المال إلى المضارب، ويبيع^(٦) بنقد ونسيئة،
 عند أوجد من مال المضاربة
 ويشترى ويوكل ويسافر ويبضع^(٧) ويودع، ولا^(٨) يزوج عبداً،

(١) هذا هو الحكم فى كل موضع لم تصح المضاربة فيه .

(٢) قوله : " المشروط " أراد بالمشروط ما وراء العشرة ؛ لأن تلك تغيير المشروع ، فوجوده كعدمه
 يعنى أن المراد من المشروط إنما هو المشروط من الربح نحو النصف ، والثلث لا العشرة ، فإنها مفسدة .
 (الكشف مع حاشية)

(٣) قوله : " يفسده " لأن الربح هو المعقود عليه ، وجهالته تفسد العقد ، كان شرط على المضارب
 أن يعطى داره لرب المال ليسكن فيها ؛ لأن نصف الربح مقابل بأجرة الدار ، وبعمله ، فجهلت حصة
 عمله ، أو ردّ فى الربح ، كأن يقول لك : نصف الربح أو ثلثه . (الكشف)

(٤) قوله : " وإلا [أى وإن لم يوجب الشرط جهالة الربح] " أى إن لم يكن مؤدياً إلى جهالة الربح
 لا يفسدها ، بل يبطل الشرط ، وذلك ظاهر ، كما لو شرط على رب المال أن يسكن المضارب داره ، صح
 العقد ، وبطل الشرط لأنه لا يقضى إلى جهالة حصة العمل ، إذ نصيبه من الربح مقابل بعمله لا غير ،
 ولا جهالة فيه ؛ لأن الكلام فيما إذا شرط جزء معلوماً من الربح شائعاً ، ثم شرط لا يقتضيه العقد ،
 فيبطل هو دونها ؛ لأن المضاربة لا تفسد بالشروط الفاسدة ، كالوكالة والهبة ؛ لأن صحتها تتوقف على
 القبض كالهبة ، وشرط الوضعية شرط زائد لا يوجب قطع الشركة فى الربح ، ولا الجهالة فيه ، فلا يكون
 مفسداً ، وتكون الوضعية وهو الخسران على رب المال ؛ لأن ما فات جزء من المال بالهلاك يلزم صاحب
 المال ، دون غيره ، والمضارب أمين فيه ، فلا يلزمه بالشرط ، فصار الأصل فيه أن كل شرط يوجب جهالة
 فى الربح ، أو قطع الشركة فيه مفسد وما لا فلا . (الزيلعى بتصرف وحذف)

(٥) قوله : " ويدفع " يعنى رب المال يسلم المال إليه ، ولا بد له من ذلك ؛ لأن المضاربة فيها معنى
 الإجارة ؛ لأن ما يأخذه مقابل بعمله ، والمال محل للعمل ، فيجب تسليمه ، كالإجارة الحقيقية .
 (الزيلعى)

(٦) قوله : " ويبيع " شروع فى ما يجوز للمضارب أن يفعله يعنى للمضارب أن يفعل هذه الأشياء
 كلها إذ كانت المضاربة صحيحة مطلقه ، بأن دفع إليه مضاربة بالنصف مثلاً ولم يزد عليه ؛ لأن المطلق
 يتناول الأنواع كلها ، فله أن يفعل ما هو معتاد بين التجار ؛ لأنه قد يربح فى جهة من التصرف دون جهة ،
 أو نوع من الأنواع دون نوع ، فيطلق له الكل ليحصل له غرضه ، وهو تحصيل الربح ، والتوكيل ،
 والإبضاع ، والإيداع ، والمسافرة من ضيعهم ، وعن أبى يوسف أنه ليس له أن يسافر به لعرضية على

الهلاك، وإن دفع إليه في غربة كان له أن يسافر به إلى بلده؛ لأن الظاهر أن صاحبه رضى به؛ إذ الإنسان لا يقيم بدار الغربة دائماً في الغالب، وإعطاء المال مضاربة في هذه الحالة مع علمه بحاله، يدل على رضاه به.

وجه الظاهر أن المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض على ما بينا من قبل، فيملكه بمطلق العقد؛ إذ اللفظ دالّ عليه، ولا نسلم أنه تعريض على الهلاك؛ لأن الظاهر فيه السلامة، ولا معتبر بالموهوم. ألا ترى أن للمودع أن يسافر بالوديعة مع أنه ليس له أن يودع، والمضارب له ذلك، فكان أدنى منها، وأولى بالجواز، والبيع نسيئة من صنيع التجارة، وهو متعارف عندهم، فيدخل عند الإطلاق؛ لأن المتعارف كالمخصوص عليه وهو أقرب إلى تحصيل الربح عادة، فكان أوفق لمقصود رب المال. (الزيلي بحذف وتصرف وزيادة)

(٧) من الإبضاع وهو أن يدفع إلى غيره ما لا يعمل فيه، ويكون الربح للعامل.

(٨) قوله: "ولا" شروع فيما لا يجوز للمضارب أن يفعله، يعنى لا يجوز أن يزوج المضارب عبداً، ولا يجوز أيضاً أن يزوج أمة، ولا يجوز أن يعطى المال مضاربة، إلا أن يأذنه رب المال، أو يقول له: اعمل برأيك.

ولا يجوز للمضارب أن يتعدى عما عينه رب المال من بلد بعينه، بأن قال: لا تعمل إلا في مصر مثلاً، أو عينه من سلعة بعينها، بأن قال: لا تبع، ولا تشتري إلا في الحرير مثلاً، أو عينه من وقت، بأن وقت للمضارب وقتاً بعينه، أو عينه من معامل بعينه، بأن قال: لا تعامل إلا مع زيد بن فلان مثلاً، فإن خالف صار ضامناً.

ولا يجوز له أن يشتري من يعتق على رب المال كأبيه، وابنه أو بسبب جلت، ولا يجوز أن يشتري من يعتق على المضارب، ولكن هذا الأخير مشروط بظهور الربح في المال، أما الأول فلأن تزويج المالك ليس من عمل التجارة.

وعن أبى يوسف أنه يزوج الأمة، إذ يستفيد به المهر، وأما الثانى فلأن الشيء لا يتضمن مثلاً إلا بالتخصيص عليه، أو التفويض المطلق إليه، ألا ترى أن الوكيل ليس له أن يوكل غيره إلا بما قلنا، بخلاف المكاتب، والعبد المأذون له والمستعير، حيث تضمنت هذه العقود أمثالها؛ لأنهم يتصرفون بحكم المالكية، لا بحكم النيابة؛ لأن المكاتب صار حراً يداً، فله أن ي كاتب، وبخلاف الإيداع، والإبضاع؛ لأنهما دونها، فتضمنتهما.

وأما الثالث فلأن المضاربة توكيل، وفي التخصيص فائدة من أمن خطر الطريق، وخيانة المضارب من نفقة ماله، وكذا الأسعار قد تختلف، فبالقييد تحصيل الفائدة، فتعتبر.

وأما الرابع فلأن عقد المضاربة شرع لتحصيل الربح، وذلك بالبيع بعد الشراء، وفي التصرف فيه كثيراً والعق ينافيه، بخلاف الوكيل بشراء العبد، حيث يجوز له أن يشتري من يعتق على الموكل؛ لأن التوكيل هناك مطلق، فيجرى على إطلاقه، وهنا مقيد بما يمكن التجارة فيه، حتى لو وجد في الوكالة أيضاً ما يدل على التقييد، بأن قال: اشتري عبداً أبيه، أو قال: أستخدمه، أو جارية أطاها، كان الحكم كذلك.

وأما الخامس فلأنه يعتق نصيبه، ويفسد بسببه نصيب رب المال، أو يعتق على الاختلاف الذي بينا

يعنى لا يعطى المال مضاربة. من رب المال. أى أنه بقوله: **اعمل برأيك**، ولم
 أو لا أمة، ولا يضارب إلا بإذن، أو بـ **اعمل برأيك**، ولم
 يتعد عما عينه من بلد وسلعة، ووقت أو معامل كما^(١) فى
 الشركة.

للمضارب أى على المضارب
 ولم يشتتر^(٢) من يعتق على المالك، أو عليه^(٣) إن ظهر^(٤)
 المضارب أى إن اشترى قريبه شراء للمضاربة الربح فى المشتري
 ربح، وضمن^(٥) إن فعل، فإن^(٦) لم يظهر^(٧) ربح صح، فإن ظهر
 أى نصيب المضارب المضارب شيئاً العبد
 عتق^(٨) حظه، ولم يضمن^(٩) لرب المال، وسعى^(١٠) المعتق فى
 فى العتق، فيمتنع التصرف فيه. (محمد إعزاز على غفر له)

(١) قوله: "كما" أى كما لا يجوز أن يتعدى الشريك فى الشركة عما عينه الشريك للآخر من
 البيع والشراء فى بلدة بعينها، أو فى سلعة بعينها، أو مع معامل عينه. (الزيلعى)

(٢) أى ليس له أن يشتري من يعتق على رب المال بقراءة وبسبب يمين.

(٣) أى ليس للمضارب أن يشتري من يعتق عليه إذا كان فى المال ربح.

(٤) قوله: "ظهر" المراد من ظهور الربح المذكور هنا أن تكون قيمة العبد المشتري أكثر من رأس
 المال، سواء كان فى جملة مال المضاربة ربح، أو لم يكن؛ لأنه إذا كان قيمة العين مثل رأس المال، أو
 أقل لا يظهر ملك المضارب فيه، بل يجعل مشغولاً برأس المال، حتى إذا كان رأس المال ألفاً، وصار
 عشرة آلاف درهم، ثم اشترى المضارب من يعتق عليه، وقيمه ألف أو أقل، لا يعتق عليه، وكذا لو كان
 له ثلاثة أولاد، أو أكثر، وقيمة كل واحد ألف، أو أقل، فاشتراهم لا يعتق منهم شيء؛ لأن كل واحد
 مشغول برأس المال، ولا يملك المضارب منهم شيئاً، حتى تزيد قيمة كل عين على رأس المال على حدة
 من غير ضم إلى آخر. (الزيلعى)

(٥) قوله: "وضمن" أى ضمن المضارب إن اشترى قريبه، وقيمه أكثر من رأس المال؛ لأنه يصير
 مشتري العبد لنفسه، فيضمن بالنقد من مال المضاربة. (الزيلعى)

(٦) قوله: "فإن" أى وإن لم يكن فى قيمة العبد المشتري زيادة على رأس المال، جاز شراءه
 للمضاربة؛ لأنه إذا لم تزد قيمته على رأس المال، لا يعتق عليه، إذ لا ملك للمضارب فيه، لكونه
 مشغولاً برأس المال، فيمكنه أن يبيعه للمضاربة، فيجوز. (الزيلعى)

(٧) أى إن لم يكن فى قيمة العبد المشتري زيادة على رأس المال.

(٨) قوله: "عتق" أى إن ظهر الربح فى المشتري بعد الشراء، بأن كانت قيمته وقت الشراء قدر

أى مع المضارب أى أخذها مضاربة بالنصف

قيمة نصيب رب المال، معه ألف بالنصف، فاشترى به أمةً

قيمتها ألف، فولدت ولداً يساوى ألفاً، فادعاه موسراً، فبلغت

قيمته ألفاً وخمس مائة، سعى لرب المال فى ألف وربعة، أو

أعتقه، فإن قبض الألف، ضمن^(١) المدعى نصف قيمتها.

رأس المال، أو أقل، ثم زادت قيمته حتى صارت أكثر من رأس المال، عتق نصيب المضارب؛ لأنه ملك بعض قريبه، فوجب أن يعتق عليه بقدره. (الزيلي)

(٩) قوله: "ولم يضمن" لأنه لا صنع له فيه، وإنما عتق عليه بطريق الحكم بسبب زيادة القيمة من غير اختيار، فصار كما إذا ورثه مع غيره. (الزيلي)

(١٠) قوله: "وسعى" لأنه احتسبت ماليته عنده، فيضمنها كالعبد الموروث بين اثنين وأحدهما أبوه. (الزيلي)

(١) قوله: "ضمن" وإنما كان كذلك لأن دعوة المضارب وقعت صحيحة ظاهراً؛ لأنه يحمل على أنه ولده من النكاح، بأن يحمل أن البائع زوجها منه، ثم باعها منه وهى حبلى منه حملاً لأمره على الصلاح، لكن لا تنفذ هذه الدعوة لعدم الملك، وهو شرط فيه، إذ كل واحد من الجارية، وولدها مشغول برأس المال، فلا يظهر الربح فيه لما عرف أن مال المضاربة إذا صار أجناساً مختلفة كل واحد منها لا يزيد على رأس المال، لا يظهر الربح عندنا، خلافاً لفر رحمة الله؛ لأن بعضها ليس بأولى به من البعض، فإذا كان كذلك لم يكن للمضارب نصيب فى الأمة وفى الولد، وإنما الثابت له مجرد حق التصرف، لا تنفذ دعوته، فإذا زادت قيمة الغلام، وصارت ألفاً وخمس مائة، ظهر الربح فيه فى ذلك الوقت، فملك المضارب منه نصف الزيادة، فنفذت دعوته السابقة لوجود شرطها، وهو الملك، بخلاف ما إذا أعتق الولد، ثم ظهرت الزيادة حيث لا ينفذ إعتاقه السابق؛ لأن الإعتاق إنشاء، فإذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعده بحدوثه.

أما الدعوة بإخبار، فإذا رد فى حق غيره، فهو باق فى حق نفسه، فإذا ملكه بعد ذلك نفذت دعوته فيه، كما إذا أقر بحرية عبد لغيره يرد إقراره، فإذا ملكه بعد ذلك صار حراً.

ولو أعتق عبد الغير، ثم ملكه لا ينفذ عتقه، لما قلنا، فإذا نفذت دعوته صار الغلام ابناً له، وعتق بقدر نصيبه منه، وهو ربعة، ولم يضمن المضارب حصة رب المال من الولد؛ لأن العتق ثبت بالملك والنسب، فصارت العلة ذات وجهين، والملك آخرهما وجوداً، فيضاف الحكم، وهو العتق إليه؛ لأن الحكم يضاف إلى الوصف الأخير، ولا صنع للمضارب فى الملك، فلا يجب عليه الضمان، لعدم التعدى، إذ لا تجب ضمان العتق إلا بالتعدي، فكان رب المال بالخيار، إن شاء عتق نصيبه من الغلام وإن شاء استساعه؛ لأن ماليته احتسبت عنده على ما مر فى الإعتاق، فإذا اختار للاستسعاء استساعه فى ألف ومائتين وخمسين؛ لأن الألف مستحق له برأس المال ومائتين وخمسين نصيبه من الربح، فإذا قبض منه

يصح في باب التنوين وعدمه على أنه مضاف للمضارب

باب (١) المضارب يضارب (٢)

من رب المال س م

فإن ضارب (٣) المضارب بلا إذن، لم يضمن ما لم يعمل

ألف درهم، صار مستوفياً لرأس ماله، وظهر أن الأم كلها ربح، وزادت على رأس المال، فكانت بينهما نصفين، ونفذ فيها دعوة المضارب، وصارت كله أم ولد له؛ لأن الاستيلاد إذا صادف محلاً يحتمل النقل لا يتجزأ بالإجماع.

ويجب نصف قيمتها لرب المال موسراً كان أو معسراً؛ لأن ضمان التمليك وهو لا يختلف باليسار والإعسار، ولا يتوقف على التعدي؛ لأنه ضمان تملك، ولهذا لو ورث أم ولده مع غيره، يملكها كلها، ويجب عليه أن يضمن حصة غيره من قيمتها موسراً كان أو معسراً، بخلاف ضمان الإعتاق، فإنه ضمان إفساد لا تملك، وهو متولد من تصرفه في ملكه، فلا يجب عليه بغير تعد، ولا على معسر.

واشترط اليسار هنا ليعلم أنه لا يجب على أحد، وإنما شرط قبض رب المال الألف من الغلام حتى تصير الجارية أم ولد للمضارب؛ لأنها مشغولة برأس المال، فإذا قبضه من الغلام، فرغت عن رأس المال، وصارت كلها ربحاً له، فظهر فيها ملك المضارب، فصارت أم ولد له لما ذكرنا.

فإن قيل: لم لا يجعل المقبوض من الولد من الربح، وهو ممكن بأن يجعل الولد كله ربحاً، وهي مشغولة برأس المال حالها؟ قلنا: المقبوض من جنس رأس ماله، فكان هو أولى بجعله من رأس ماله. (الزليعي بحذف)

(١) قوله: "باب" لما ذكر حكم دفع المال مضاربة من رب المال إلى غيره، ذكر حكم دفع المضارب إلى غيره مضاربة الأولى مفردة، وهذه مركبة، والمركب بعد المفرد وجوداً لا عدماً. (الشلبى)

(٢) قوله: "يضارب [أى يدفع المال إلى غيره مضاربة]" جملة يضارب حال من المضارب، أو صفة؛ لأن المضارب بمنزلة النكرة، إذ الألف واللام فيه للجنس، وهذا على جعلهما متضايفين، أما على التنوين فالظاهر أن جملة يضارب خبراً المضارب، والمعنى المضارب تقع منه المضاربة، ويرد على الحالية أن الحال لا يجيء من المضاف إليه إلا في صورة ثلاث، وليس هذا منها. (الطحاوى)

(٣) قوله: "ضارب" أى إذا دفع المضارب المال مضاربة بغير إذن من رب المال، لم يضمن بالدفع ما لم ينصرف المضارب الثانى فيه، وهذا ظاهر الرواية، وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه لا يضمن حتى ربح، وقال زفر رحمه الله: يضمن بالدفع عمل أولاً.

وجه قول زفر: إنه دفع ماله أى غيره بلا أمره، فيضمن، ووجه رواية الحسن عنه أن الدفع قبل عمل الثانى إيداع، وبعده إبطاع، وكلاهما يملكه المضارب، لكنه إذا ربح ثبت له شركة فى المال، فيضمن، كما لو خلطه بغيره.

وجه ظاهر الرواية أن الربح إنما يحصل بالفعل، فيقام سبب حصول الربح مقام حقيقة حصوله فى صيرورة المال مضموناً به، والظاهر من صنيع صاحب "الهداية" ترجيح ما رواه الحسن عنه، فإنه آخر دليله (عز)

أى يشترط الثلث حالية أى للمضارب الأول
 الثانى^(١)، فإن^(٢) دفع بإذن بالثلث، وقيل له: ما رزق الله فبيننا
 أى رب المال من الربح أى للمضارب الأول من الربح
 نصفان، فللمالك النصف، وللأول السدس، وللثانى الثلث.
 أى قال رب المال للأول: ذلك والمسألة بحالها. أى للمضارب الثانى
 ولو قيل له: ما رزقك الله فبيننا نصفان، فللثانى^(٣)
 أى ثلث الربح. من الربح أى المضارب الأول. فيكون الربح أثلاثاً. يعنى لو قال له رب المال
 ثلثه، والباقى بين المالك والأول نصفان، ولو قيل له^(٤): ما
 إلى الثانى
 ربحتَ فبيننا نصفان، ودفع بالنصف، فللثانى النصف،
 أى قال له رب المال وهو النصف أى قال له رب المال
 واستويا فيما بقى، ولو قيل له: ما رزق الله فلى نصفه، أو ما

(١) هذا إذا كانت المضاربة الثانية صحيحة، وإن فاسدة فلا ضمان على الأول، وإن ربح الثانى .

(٢) قوله: "فإن دفع" أى دفع المضارب الأول إلى المضارب الثانى بالثلث، وكان رب المال، وقال للأول: على أن ما رزق الله بيننا نصفان، فأربح الثانى، فلرب المال النصف، وللمضارب الأول السدس، وللمضارب الثانى الثلث؛ لأن الدفع إلى الثانى صحيح؛ لأنه بأمر المالك، ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى، وقد جعل الأول ثلثه للثانى، فينصرف ذلك إلى نصيبه؛ لأنه لا يقدر أن ينقص من نصيب رب المال شيئاً، فبقى له السدس، ويطيب ذلك لكلهم؛ لأن رب المال يستحقه بالمال؛ لأنه نماء ملكه، والمضارب الأول والثانى يستحقانه بالعمل؛ لأن عمل الثانى وقع عنهما، وهى تجارة حسنة حيث يستحق الأول سدس الربح، وهو قاعد. (الزيلعى بحذف)

(٣) قوله: "فللثانى" لأن رب المال هنا شرط الثانى أن يكون ما رزق الله المضارب الأول بينهما نصفين، والمرزوق للأول هو الثلثان؛ الثلث استحقه الثانى بشرط الأول، وهو مأذون له فيه، فلم يكن من رزق الأول إلا الثلثان، فيكون ذلك بينهما نصفين، ويطيب لهم بلا شبهة أيضاً، لما ذكرنا، وهذا أحسن فى حق الأول. (الزيلعى)

(٤) قوله: "ولو قيل" أى قال رب المال للمضارب الأول: أى شئ ربحت فهو بيننا نصفان، ثم دفع الأول للثانى بالنصف، فللثانى نصف الربح؛ لأن الأول شرط له ذلك، وشرطه صحيح؛ لأنه بإذن المالك، والباقى وهو النصف استوى فيه رب المال والمضارب الأول، فيكون بينهما نصفين؛ لأن رب المال لم يشترط لنفسه هنا إلا نصف ما ربحه الأول، ولم يربح وهو إلا النصف، والنصف الآخر صار للثانى بشرطه، فلم يكن من ربح الأول، وهذه مثل المسألة الثانية، غير أن المشروط فيها للثانى، فيبقى لهما الثلثان، وفى هذه النصف، فيبقى لهما النصف. (الزيلعى)

إلى الآخر أى رب المال
كان من فضل، فبيننا نصفان، فدفع بالنصف، فللمالك^(١)

من الربح أى وللمضارب الثاني من الربح أى المضارب الأول
النصف، وللثاني النصف، ولا شيء للأول، ولو شرط للثاني
أى ثلثي الربح، والمسألة بحالها أى المضارب الأول أى سدس الربح من ماله
ثلثيه، ضمن^(٢) الأول للثاني سدسًا.

المضارب أى رب المال أى ثلث الربح أى ثلث الربح أى مع المضارب
وإن^(٣) شرط للمالك ثلثه، ولعبده ثلثه على أن يعمل معه،

أى رب المال أو المضارب بدار الحرب
ولنفسه ثلثه صح، وتبطل^(٤) بموت أحدهما، أو بلحق المالك

(١) قوله: "فللمالك" لأن قول رب المال ما رزق الله، أو ما كان من فضل ينصرف إلى جميع الربح، فيكون له أيضاً النصف، فلم يبق للأول شيء من الربح، فيخرج بغير شيء، بخلاف ما إذا قال: ما ربحنا نصفان، أو ما رزقك الله، حيث يكون لرب المال نصف ما بقى من الثاني، وهى المسألة المتقدمة، والأصل فيه أن رب المال حين شرط لنفسه نصف الربح، أو ثلثه من مطلق الربح، فله ما شرط من جميع الربح، وإن شرط لنفسه نصف ما ربحه المضارب الأول، أو ثلثه، فله ما شرط مما فضل من نصيب الثاني، فلا يمكن أن يخرج الأول فى هذه بغير شيء، وفى الأولى يمكن على ما رأيت، ويمكن أن يضمن للثاني أيضاً على ما نبين. (الزيلعى بحذف)

(٢) قوله: "ضمن" لأن المالك شرط النصف لنفسه، فله ذلك، واستحق المضارب الثاني ثلثي الربح بشرط الأول؛ لأن شرطه صحيح لكونه معلوماً، لكن لا ينفذ فى حق المالك، إذ لا يقدر أن يغير شرطه، فيغرم له قدر السدس تكمة للثلاثين؛ لالتزامه بالعقد. (المجمع)

(٣) قوله: "وإن" أى إذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح، ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل العبد مع المضارب، ولنفسه ثلث الربح جاز؛ لأن اشتراطه للعبد يكون اشتراطاً للمولى، فكأنه شرط للمولى ثلثي الربح، واشتراط عمل العبد غير مفسد؛ لأنه من أهل أن يضارب فى مال مولاه، وللعبد يد حقيقة، ولهذا لا يكون للمولى ولاية أخذ ما أودعه العبد، وإن كان محجوراً عليه، لا سمياً هنا؛ لأنه يكون العبد مأذوناً باشتراط العمل عليه، فلا تكون يد مولاه ثابتة فيه بعد التسليم إليه، فصحت المضاربة لزوال يد المولى عن المال.

بخلاف ما إذا شرط عمل رب المال؛ لأن بقاء يده يمنع تسليم المال إلى المضارب، فلا يجوز، ثم إن لم يكن على العبد دين، فهو لغرماءه إن شرط عمله، وإن لم يشترط عمله، فهو للمولى وهو ظاهر؛ لأنه باشتراط عمله صار مضارباً فى مال مولاه، فيكون كسبه له، فيأخذه غرماءه، وإلا فهو للمولى، وإن لم يشترط عمله، فهو أجنبى عن العقد، فكان المشروط كالمسكوت عنه، فيكون له؛ لأنه ثمة ملكه، إذ لا يشترط بيان نصيبه، وإنما يشترط بيان نصيب المضارب؛ لكونه كالأجير. (الزيلعى)

(٤) قوله: "وتبطل" أى تبطل المضاربة إذا مات رب المال أو المضارب، أو لحق رب المال بدار

المضارب ^{حالية} مرتدا، أو ينعزل ^(١) بعزله إن علم، وإن علم ^(٢) والمال عروض ^{أى رب المال والمضارب حالية}

باعها، ثم لا يتصرف ^(٣) فى ثمنها، ولو افترقا وفى المال ديون

وربح، أجبر ^(٤) على اقتضاء الديون، وإلا ^(٥) لا يلزمه الاقتضاء،

ويوكل ^(٦) المالك عليه، والسمسار يجبر ^(٧) على التقاضى، وما

الحرب مرتدا، أما الأول فلأن المضاربة وكالة، وهى تبطل بموت أحدهما، ولا تورث، وأما الثانى فلأن الحقوق بمنزلة الموت، ولهذا يورث ماله، وتعتق أمهات أولاده، ومدبروه، قيد بلحوق المالك، فإنه لو لم يلحق يتوقف على تصرف مضاربه عند أبى حنيفة فى النفاذ على الإسلام، والبطلان بالموت أو القتل؛ لأنه يتصرف له، فصار كتصرفه بنفسه (عز)

(١) قوله: "وينعزل" أى ينعزل المضارب بعزل رب المال إياه بشرط أن يعلم العزل؛ لأنه وكيل من جهته، فيشترط فيه العلم بعزله على ما بينا فى الوكالة. (الزيلعى)

(٢) قوله: "وإن علم" أى علم المضارب بالعزل، ومال المضاربة عروض باع العروض، ولا ينعزل من ذلك؛ لأن له حقاً فى الربح، ولا يظهر إلا بالنض، فيثبت له حق البيع ليظهر ذلك. (الزيلعى)

(٣) قوله: "لا يتصرف" لأن البيع بعد العزل كان للضرورة، حتى يظهر الربح إن كان فيه، ولا حاجة إليه بعد النض، فصار كما إذا عزله بعد ما نض، وصار من جنس رأس المال، والمال نقود، لكن من خلاف جنس رأس المال، ليس له مال يبيعه بجنس رأس المال قياساً؛ لأن التقدين جنس واحد من حيث الثمنية.

وفى الاستحسان له أن يبيعه بجنس رأس المال؛ لأن الواجب على المضارب أن يرد مثل رأس المال، وإنما يتحقق ذلك برد جنسه، فكان له أن يبيعه ضرورة، وموته وارتداده مع الحقوق وجنونه مطبقاً، والمال عروض كعزله، والمال عروض حتى لا يمنعه موت رب المال من بيعه، كما لا يمنعه عزله منه (ز)

(٤) قوله: "أجبر" لأنه كالأجير والربح كالأجرة له، وقد سلم له ذلك، فيجبر على إتمام عمله، كما فى الإجارة المحصنة (ز)

(٥) قوله: "وإلا" أى إن لم يكن فى المال ربح، لا يلزم الاقتضاء؛ لأنه وكيل محض، وهو متبرع، ولا جبر على المتبرع على إنهاء ما تبرع به، ولهذا لا يجبر الواهب على التسليم، ولا يقال: الرد واجب عليه، وذلك إنما يكون بالتسليم، كما أخذه؛ لأنها نقول: الواجب عليه رفع الموانع، وذلك بالتخلية لا بالتسليم حقيقة. (ز)

(٦) قوله: "يوكل" أى يوكل المضارب المالك، وهو رب المال على الاقتضاء؛ لأن حقوق العقد

أى كل شئ أى فيجعل من الربح دون رأس المال سواء كان من عمله أو لا
هلك من مال المضاربة فمن^(١) الربح، فإن^(٢) زاد الهالك على

الربح لم يضمن المضارب، وإن^(٣) قُسم^(٤) الربح، وبقيت
المضاربة، ثم هلك المال، أو بعضه، تراددا الربح ليأخذ المالك^{كله} أى المالك والمضارب

تتعلق بالعائد، ورب المال ليس بعائد، فلا يتمكن من المطالبة إلا بتوكيل، فيأمو بالتوكيل كيلا يضيع حقه . (الزيلعي)

(٧) قوله : "يجبر" لأنه يبيع ويشترى للناس عادة بأجرة تجعل ذلك بمنزلة الإجارة الصحيحة بحكم العادة، فيجب عليه التقاضي والاستيفاء؛ لأنه وصل إليه بدل عمله، فكان كالمضارب إذا كان فى المال ربح، والسمسار - بكسر الأول - المتوسط بين البائع والمشتري، فارسية معربة، والجمع السماسرة يبيع ويشترى للناس بأجرة من غير أن يستأجر .

ولو استؤجر بأجرة معلومة على أن يشتري أو يبيع شيئاً معلوماً، لا تجوز الإجارة؛ لأنه استؤجر على عمل لا يقدر على إقامة نفسه، فإن الشراء والبيع لا يتم إلا بمساعدة غيره، وهو البائع والمشتري، فلا يقدر على تسليمه، والحيلة فى جوازه أن يستأجره يوماً للخدمة، فيستعمله فى البيع والشراء إلى آخر المدة؛ لأن العقد يتناول المنفعة، وهى معلومة ببيان قدر المدة، هو قادر على تسليمه بتسليم نفسه فى المدة. (ز)

(١) قوله : "فمن" لأن الربح تابع لرأس المال، لتصور وجود رأس المال بدون الربح، بخلاف العكس، فيصرف الهالك إليه، كما يصرف الهالك من مال الزكاة إلى العقود دون النصاب؛ لأن العفو تبع للنصاب . (شرح النقاية)

(٢) قوله : "فإن" أى إن زاد ما هلك على ما ربح مثلاً، كان رأس المال ألفين، والربح مائتين، والهالك ثلاثمائة، لا يكون المضارب ضامناً؛ لأنه أمين، فلا يكون ضميناً للتنافى بينهما فى شئ واحد .

(٣) قوله : "وإن" أى إذا اقتسما الربح والمضاربة باقية على حالها، ولم يفسخاها بأن اقتسما بعض المال، وتركها بعضه فى يد المضارب على أنه رأس المال والمقتسم ربح، ثم هلك المتروك فى يده، وهو أمانة تراددا الربح الذى اقتسماه حتى يستوفى رب المال رأس ماله؛ لأن الربح تابع ورأس المال أصل، فلم يسلم الربح بدون سلامة الأصل، قال رسول الله ﷺ : «المؤمن كمثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له رأس ماله، فكذلك المؤمن لا تسلم له نوافله حتى تسلم له عزائمه، أو قال : فرائضه» فإذا هلك ما فى يده تبين أنه ليس برأس مال، وأن ما اقتسماه ليس بربح، إذ لا يتصور بقاء التبع بدون الأصل، فيضمن المضارب ما أخذه على أنه ربح؛ لأنه أخذه لنفسه حتى يتم به رأس المال، بخلاف ما بقى فى يده حيث لا يضمنه؛ لأنه لم يأخذه لنفسه، وما أخذه رب المال محسوب عليه من رأس المال .

(٤) بين المالك والمضارب قبل استيفاء رأس المال .

أى بين المالك والمضارب. أى بين المالك والمضروب

رأس ماله، وما^(١) فضل فهو بينهما، وإن نقص لم يضمن^(٢)

أى المضاربة ثانيًا فى العقد الثانى

المضاربة

المضارب، وإن قسم^(٣) الربح، وفسخت ثم عقداها، فهلك

فى العقد الثانى وبقيت المضاربة

المال لم يترادا الربح الأول.

فيما يفعله المضارب

فصل^(٤)

أى إلى رب المال

ولا تفسد^(٥) المضاربة بدفع^(٦) المال^(٧) إلى المالك

(١) قوله: "وما" أى أفضل من رأس المال بعد التراد يكون بينهما؛ لأنه ربح؛ لأن رب المال لم يبق له حق بعد استيفاء رأس ماله إلا فى الربح. (الزيلعى)

(٢) قوله: "لم يضمن" من رأس ماله بأن كان الهالك أكثر من الربح] لأنه أمين، وهذا لا يتكرر مع قوله، فإن زاد الهالك... إلخ؛ لأن الهلاك ثم قبل القسمة، وهنا بعدها. (الكشف)

(٣) قوله: "وإن قسم" أى لو اقتسما الربح، وفسخا المضاربة ثم عقداها ثانيًا، فهلك المال بعد ذلك لم يترادا الربح الأول؛ لأن المضاربة الأولى، قد انتهت بالفسخ، وثبوت الثانية بعقد جديد، فهلاك المال فى الثانية لا يوجب الانتقاض الأولى، فصار كما إذا دفع مالا آخر، وهذه هى الحيلة فيما إذا خاف المضارب أن يسترد منه الربح بعد القسمة بسبب هلاك ما بقى فى يده من رأس المال.

وصورة هذه الحيلة أن يسلم المضارب رأس المال إلى رب المال، ثم يقتسما الربح، ثم يرد رب المال إلى المضارب، ويقول له اعمل على المضاربة فتكون بذلك مضاربة مستقبلية، فهلاك المال فيها بعد ذلك لا يوجب رد الربح الذى كان فى الأول، وهكذا إذا فعلا ذلك فى كل ما اقتسماه لا يجب عليهما التراد عند الهلاك. (الزيلعى)

(٤) اعلم أن حاصل ما يملكه المضارب ثلاثة أنواع: نوع يملكه بمطلق المضاربة، وهو ما كان معتادًا بين التجار، ونوع لا يملكه إلا إذا قال له: اعمل برأيك كالمضاربة والشركة والخلط، ونوع لا يملكه إلا بالصريح كالاستدانة والعتق مطلقًا، والكتابة والإقراض والهبة والصدقة. (البحر)

(٥) قوله: "لا تفسد" حتى لو اشترى رب المال به شيئًا، وباع، فهو على المضاربة؛ لأن الشرط هو التخلية، وقد تحققت والإبضاع توكيل بالتصرف، والتصرف حق المضارب، فيصح التوكيل به، ولما صلح أن يكون وكيلًا، لم يكن أخذه استردادًا، بل انتقل عمل رب المال إلى المضارب، وصار كأن المضارب عمل بنفسه، فلم تنتقض المضاربة. (الطحطاوى)

(٦) قوله: "بدفع" أفاد بالدفع أن المضارب لابد أن يتسلم المال أولاً، حتى لو جعل المال بضاعة قبل أن يتسلمه لا يصح؛ لأن التسلم شرط فيها. (الطحطاوى)

المضارب للتجارة في مال المضاربة
 بضاعة^(١)، فإن^(٢) سافر فطعامه وشرائه وكسوته وركوبه في
 المضارب أي في مال نفسه فإنه في ماله مطلقاً
 مال المضاربة، وإن عمل في المصر فنفقته في ماله كالدواء، فإن
 أي قدر ما أنفق... إلخ المضارب
 ربح أخذ^(٣) المالك ما أنفق من رأس المال، فإن باع المتاع
 أي أضاف إلى الثمن أي لا يحسب ما أنفق على نفسه في سفره
 مرابحة حسب^(٤) ما أنفق على المتاع، لا على نفسه.

(٧) أي كل المال أو بعضه، تقييد "الهداية" بالبعض اتفاقي .

(١) قوله : "بضاعة" قيد به فإنه لم لو دفع المضارب المال إلى رب المال مضاربة لم تصح المضاربة الثانية ، ولم تفسد الأولى ، ويكون الربح بينهما على ما شرطه . (عز)

(٢) قوله : "فإن" أي إذا سافر المضارب للتجارة في مال المضاربة ، فمأكله ومشربه وملبسه وركوبه يكون في مال المضاربة ، وإن عمل في مصره ، ففي ماله ، كما يكون الدواء في ماله مطلقاً ؛ لأن النفقة تجب بسبب الأجناس ، كنفقة القاضى والزوجة ، وهو إذا سافر صار محبوساً به ، فتجب مؤنة الراتبه فيه ، بخلاف الدواء ؛ لأنه من العوارض ، وبخلاف الأجير ؛ لأنه يستحق البدل بيقين ، فلا يتضرر بالاتفاق من ماله ، والمضارب لا يستحق إلا الربح ، فيمكن أن لا يحصل فيه ربح ، فلو لم ينفق منه لتضرر ، بخلاف الوكيل والمستبضع ؛ لأنهما متبرعان فيه .

وبخلاف ما إذا كان يعمل في مصره ؛ لأنه لم يحتبس بمال المضاربة ، فلا تجب له النفقة فيه ، وهذا لأنه ساكن بالسكنى الأصلية ، ووجوب النفقة على الغير بسبب الاحتباس به ، فلم يوجد ، فتكون نفقته في ماله ، وهو القياس في المضارب المسافر ؛ لأنه بمنزلة الوكيل ، أو الأجير ، أو الشريك ، وكل واحد منهم لا يستحق النفقة فيما يعمل به ، فكذا هذا ، إلا أننا تركناه لما ذكرنا من المعنى ، والمكان القريب من مصره بمنزلة مصره ، والفواصل أنه إذا كان في مكان بحيث يمكنه أن يغدو ويروح إلى منزله ، فهو كمصره ؛ لأن أهل السوق يتجرون في السوق ، ثم يبيتون في منازلهم ، وإن لم يمكنه أن يبيت في منزلة فمؤنته في مال المضاربة ؛ لأنه صار محبوساً به . (الزيلعي)

(٣) قوله : "أخذ" [وما بقي يكون بينهما على ما شرط] أي إذا ربح المضارب أخذ رب المال قدر ما أنفق المضارب من رأس المال ، حتى يتم به رأس المال ، فإذا استوفى رأس ماله ، وفصل شيء اقتسماه ؛ لأن رأس المال أصل ، والربح مبنى عليه ، فلا يسلم لها الفرع ، حتى يسلم لرب المال الأصل ، وهذا لأن الذي ذهب بالنفقة هالك ، والهالك يصرف إلى الربح على ما بيناه . (الزيلعي)

(٤) قوله : "حسب" يعني إذا باع المضارب المتاع الذي أنفق عليه ، ضم جميع ما أنفق على المتاع من أجرة الحمل والطرز ، وأجرة السمسار ، والصباغ ، والقصار ، ونحو ذلك إلى رأس المال ، بأن يقول : على هكذا ، ولا يضم ما أنفق على نفسه في سفره ، وتقلبته في المال إلى رأس المال ؛ لأنهم لم يتعارفوا صحته إلى رأس المال ، أو لا يزيد هو أيضاً في قيمة المتاع ، بخلاف الاتفاق على المتاع ؛ لأنها

بالماء أى بمال نفسه أى للمضارب أى قد قال رب المال
ولو^(١) قصره، أو حمله بماله، وقيل له: اعمل برأيك،
أى المضارب فى ما أنفق^(٢) فهو متطوع، وإن صبغه^(٣) أحمر، فهو شريك^(٤) بما زاد
أى فى الثوب المضارب بهذا الخلط^(٥) الصبغ فيه، ولا يضمن.

أى مع المضارب المضارب وهو ثياب الكتان والقطن
معه ألف بالنصف، فاشترى به بزا وباعه بألفين، واشترى
قبل النقد لبائع العبد لصاحب العبد وحده آخر
بهما عبداً، فضاعا غرم^(٦) ألفاً، والمالك^(٧) ألفاً، ورب^(٨)
بالزيادة على الثمن صارت فى معنى الثمن. (الزيلعى)

(١) قوله: "لو" يعنى إذا قال رب المال للمضارب: اعمل برأيك، فاشترى بمال المضاربة كله متاعاً، ثم نقله، أو قصر ثيابه بمال من عنده يكون متطوعاً؛ لأنه استدانة على رب المال، فلا ينتظمه هذا المقال؛ لأنه إذا كان اشترى بجميع مال المضاربة، ولم يبق منه شيء فتقيده على المضاربة لا يكون إلا بالاستدانة على رب المال. (الزيلعى والكشف)

(٢) قوله: "فهو" لأنه ليس مال قائم حتى إذا بيع كان له حصة الصبغ، وحصة الثوب الأبيض على المضاربة بخلاف القسارة والحمل؛ لأنه ليس بعين مال قائم به، ولهذا إذا فعله الغاصب ضاع، ولا يضيع إذا ضيع المصوب، وإنما لا يضمن؛ لأن رب المال قال له: اعمل برأيك، فيملك الخلط، بخلاف ما إذا لم يقل له: اعمل برأيك فإنه لا يكون شريك، بل يضمن، كالغصب، وخص المصنف الحمرة؛ لأن السواد نقصان عند أبى حنيفة رحمه الله، أما سائر الألوان، فمثل الحمرة. (البحر بحذف)

(٣) أى وإن صبغ المضارب الثوب الذى اشتراه بمال المضاربة.

(٤) قوله: "شريك" حتى لو كانت قيمة غير مصبوغ ألفاً، مصبوغاً ألفاً ومائتين، كان الألف للمضاربة، والمائتان للمضارب بدل ماله. (الطائى)

(٥) بدل من فاعل ما زاد.

(٦) قوله: "غرم" [أى المضارب والمالك] أى غرم المضارب ورب المال ألفاً، ثم غرم رب المال وحده ألفاً آخر، فيغرم المضارب خمس مائة. (الزيلعى)

(٧) أى وغرم المالك وهو رب المال وحده أيضاً ألفاً آخر أى فى المال إذ الثمن فى الحال كله على المضارب؛ لأنه العاقد. (الكشف مع زيادة)

(٨) قوله: "رب" لأن المال لما صار ألفين ظهر الربح فى المال، وهو ألف، فكان بينهما نصفين، فيصيب المضارب منه خمس مائة، فإذا اشترى بالألفين عبداً، صار العبد مشتركاً بينهما، فربعه للمضارب، وثلاثة أرباعه لرب المال.

وهو ثلاثة الأرباع

العبد للمضارب، وباقيه على المضاربة، ورأس المال ألفان

وخمسمائة، ويرابح على ألفين، وإن^(١) اشترى من المالك بألف^{درهم}عبدًا، اشتراه بنصفه رابح^(٢) بنصفه.

أى مع المضارب درهم

معه ألف بالنصف، فاشترى به عبدًا قيمته ألفان، فقتل

أى الذى يدفع إلى ولى المقتول. أى ربع الفداء الباقي

رجلا خطأ، فتلاثة^(٣) أرباع الفداء على المسالك، وربعه على

ثم إذا ضاع الألفان قبل النقد كان عليهما ضمان ثمن العبد على قدر ملكهما فى العبد، فربعه إلى المضارب، وهو خمس مائة وثلاثة أرباعه على رب المال، وهو ألف وخمس مائة، فنصيب المضارب خرج عن المضاربة؛ لأنه صار مضمونًا عليه، ومال المضاربة أمانة، وبينهما تناف، ونصيب رب المال على المضاربة لعدم ما يتافيهما، وهو معنى قوله، وباقيه على المضاربة، يعنى ثلاثة أرباع العبد، ورأس المال هو جميع ما دفع رب المال إلى المضارب، وهو ألفان وخمسمائة؛ لأنه دفع إليه أولاً ألفاً وخمس مائة، ولا يبيع العبد مرابحة إلا على ألفين؛ لأنه اشتراه بألفين، وهو معنى قوله: وهو يرابح على ألفين.

ولو باع العبد بعد ذلك بأربعة آلاف، كان للمضارب رבעه، وهو ألف، والباقي للمضاربة، وهو ثلاثة آلاف، فالألفان وخمس مائة منها رأس المال، وخمس مائة ربح بينهما نصفان. (الزيلعى)

(١) قوله: "وإن أى لو اشترى المضارب من رب المال بألف درهم عبدًا كان اشتراه رب المال بنصف الألف يبيعه المضارب مرابحة على نصف الألف، وهو خمس مائة، ولا يجوز أن يبيعه مرابحة على الألف؛ لأن يبيعه من المضارب، كبيعه من نفسه؛ لأنه وكيله، فيكون بيع ماله بماله، فيكون كالمعدوم، وإن حكم بجوازه لتعلق حق المضارب به، فلا يجوز بناء المراجعة عليه؛ لأنها مبنية على الأمانة، وعلى الاحتراز عن شبهة الخيانة، فتبتنى على ما اشتراه به رب المال، فيكون المضارب كالوكيل له فى بيعه.

ولو كان بالعكس بأن اشترى المضارب عبدًا بخمس مائة، فباعه من رب المال بألف يبيعه مرابحة، بخمس مائة؛ لأن البيع الجارى بينهما، كالمعدوم لما ذكرنا، فتبتنى المراجعة على ما اشتراه به المضارب، كأنه اشتراه، ونأوله إياه من غير بيع. (الزيلعى)

(٢) يعنى المضارب له أن يبيع مرابحة.

(٣) قوله: "ثلاثة" لأن الفداء مؤنة الملك، وقد كان الملك بينهما أرباعًا؛ لأنه لما صار المال عينًا واحدًا ظهر الربح، وهو ألف بينهما، وألف لرب المال، فإذا فدياه خرج العبد عن المضاربة؛ لأن نصيب المضارب صار مضمونًا عليه، ونصيب رب المال صار بقضاء القاضى بالفداء عليهما، وإذا خرج عنها بالدفع، أو بالفداء يخدمهما على قدر ملكهما، قيد بقوله قيمته ألفًا، فتدبير الجنابة إلى رب المال؛ لأن

المضارب، والعبد يخدم المالك ثلاثة أيام، والمضارب يوماً

أى مع المضارب درهم (١) ألف، فاشترى به عبداً، فهلك الثمن قبل النقد، دفع

إلى البائع المالك ألفاً آخر، ثم (٢) وثم (٣) ورأس المال جميع (٤) ما دفع معه (٥)

الرقبة على ملكه لا ملك للمضارب فيها، فإن اختار رب المال الدفع، واختار المضارب الفداء مع ذلك، فله ذلك؛ لأنه يستبقى الفداء مال المضاربة، وله ذلك؛ لأن الربح يتوهم. (البحر)

(١) قوله: "معه" يعنى إذا كان مع المضارب ألف درهم، فاشترى به عبداً، وضاع الثمن قبل النقد، رجع على رب المال، فإذا دفع إليه ثانياً، ثم هلك قبل النقد أيضاً، رجع إليه أيضاً، فهذا يرجع عليه كلما هلك إلى ما يتناهى، ويكون رأس المال جميع ما دفع إليه رب المال، بخلاف الوكيل، حيث لا يرجع عند هلاك الثمن بعد الشراء لا مرة واحدة.

والفرق أن المال فى يد المضارب يد أمانة، ولا يمكن حمله على الاستيفاء؛ لأن الاستيفاء لا يكون إلا بقبض مضمون، والمضاربة تنافيه على ما بينا، فكل ما قبض يكون أمانة، وإذا هلك كان الهالك على رب المال، وقبض الوكيل بعد الشراء استيفاء؛ لأنه وجب له على الموكل مثل ما وجب عليه البائع، فإذا قبضه صار مستوفياً لذلك، فصار مضموناً عليه، فإذا هلك ليس له أن يرجع به على الموكل؛ لأن المستوفى لم يبق له حق بعد الاستيفاء، ولم يوجد ما يمنع من جعله مستوفياً لحقه، فيكون مضموناً عليه؛ لأن الوكالة لا تنافى الضمان.

ألا ترى أن الغاصب إذا توكل ببيع المغصوب جاز، وهو مضمون، فلا حاجة إلى جعل ما قبضه بعد الشراء أمانة، حتى لو لم يقع استيفاء، بأن دفع إليه الثمن قبل الشراء، ثم اشترى به، ثم هلك قبل النقد رجع به على الموكل لوقوع الأول أمانة؛ لأنه لا يمكن جعله مستوفياً بقبضه قبل الشراء؛ لأنه لم يجب له عليه شيء حتى يصير مستوفياً بالقبض، فيكون أمانة فإذا هلك رجع عليه، فيكون مضموناً عليه. ثم إذا هلك لا يرجع لما ذكرنا، بخلاف ما إذا لم يدفع إليه الثمن إلا بعد الشراء، حيث لا يرجع أصلاً. (الزيلعى)

(٢) قوله: "ثم أى ثم إذا جهز المالك ألفاً آخر ليدفعه إلى البائع، وهلك قبل النقد، يدفع إليه ألفاً آخر، وثم كذلك أبداً إلى ما لا يتناهى. (العينى)

(٣) فيه حذف المعطوف ودخول العاطف على مثله.

(٤) قوله: "جميع" يعنى لا يكون للمضارب شيء من الربح حتى يصل رب المال إلى جميع ما أوصله للمضارب على أنه ثمن، أما إذا أراد المضارب أن يبيعه مرابحة لا يربح إلا على ألف. (الطحاوى)

(٥) قوله: "معه" معنى المسألة أن يكون مع المضارب ألفان، فقال لرب المال: دفعت إلى ألفاً، وربحت ألفاً، أو قال رب المال: بل دفعت إليك ألفين، فالقول للمضارب.

وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولاً: القول لرب المال، وهو قول زفر رحمه الله؛ لأن المضارب

المضارب لرب المال أنا
ألفان، فقال: دفعت إلى ألفاً وربحت ألفاً، وقال المالك: دفعت إليك
ألفين، فالقول للمضارب، معه ألف فقال هو مضاربة
أي مع المضارب درهم
بالنصف، وقد ربح ألفاً، وقال المالك: بضاعة، فالقول
أي هو بضاعة فجميع الربح لي
حالية
للمالك^(١).

يدعى الربح، والشركة فيه، ورب المال ينكر، فالقول قول المنكر، ثم رجع، فقال: القول للمضارب، وهو قول أبى يوسف ومحمد؛ لأن حاصل اختلافهما فى المقبوض، فالقول قول القابض فى مقدار المقبوض، أميناً كان أو ضميناً، ألا ترى أنه لو أنكر القبض بالكلية، كان القول له، وإذا اختلفا فى رأس المال والربح، بأن قال رب المال ألفان، وشرطت لك ثلث الربح، وقال المضارب: رأس المال ألف، وشرطت لى نصف الربح، كان القول للمضارب فى قدر رأس المال؛ لأنه القابض، والقول لرب المال فى مقدار الربح؛ لأنه المنكر للزيادة وهو لو أنكر استحقاق الربح عليه بالكلية، بأن قال: كان المال فى يده بضاعة، كان القول له، فكذا فى إنكاره الزيادة أيهما، أقام البيئة تقبل بيته؛ لأنها مبينة كاسمها.

(الزبلى)

(١) قوله: "للمالك" لأن المضارب يدعى عليه تقوم عمله، أو الشركة في ماله، أو شرطاً من جهته، ورب المال منكراً، فكان القول قوله. (الزيلعي)

كتاب^(١) الوديعة^(٢)

وهذا في الشرع
الإيداع تسليط^(٣) الغير على حفظ ماله، والوديعة^(٤) ما
حتى إذا هلك في يده لا يضمن. في يد المودع.
يترك عند الأمين، وهي أمانة^(٥)، فلا يضمن^(٦) بالهلاك^(٧)،
إلا إذا كانت الوديعة بأجر

(١) قوله: "كتاب الإخفاء في اشتراكهما مع ما قبلها في الحكم، وهو الأمانة، ثم ذكر بعده العارية والهبة والإجارة للتناسب، والترقي من الأدنى إلى الأعلى؛ لأن الوديعة أمانة بلا تملك شيء، وفي العارية أمانة مع تملك المنفعة، لكن بلا عوض، وفي الهبة تملك عين بلا عوض، وهي الهبة المحضة التي ليس فيها معنى البيع، وفي الإجارة تملك منفعة بعوض، وفيه معنى الزوم، وما كان لازماً أقوى كان، وأعلى مما كان ليس بلازم، فكان في الكل الترقي من الأدنى إلى الأعلى، فأول القطر غيث ثم ينسكب. (المجمع وش)

(٢) وهي في اللغة: مشتقة من الودع، وهو مطلق الترك، قال عليه الصلاة والسلام: «ليستتهين أقوام عن ودعهم الجماعات»، أي عن تركها. (محمد إعزاز على غفر له)

(٣) قوله: "تسليط صريحاً أو دلالة لما قال في المحيط" لو افتتق زق رجل، فأخذه رجل، ثم تركه، ولم يكن المالك حاضراً، يضمن؛ لأنه لما أخذه فقد التزم حفظه دلالة، وإن لم يأخذه ولم يذق منه لا يضمن، وإن كان المالك حاضراً لا يضمن في الوجهين. (المجمع)

(٤) قوله: "والوديعة وما في العناية": من أنه قد ذكرنا أن الوديعة في الاصطلاح هو التسليط على الحفظ، وذلك يكون بالعقد، والأمانة أعم من ذلك، فإنها قد تكون بغير عقد، فيه كلام، وهو أن الأمانة مباينة للوديعة بهذا المعنى؛ لأنها أعم منها، لأن التسليط على الحفظ فعل المودع، وهو المعنى، والأمانة عين من الأعيان، فيكونان متباينين، والأولى أن يقول: والوديعة ما تترك عند الأمين، كما في هذا المختصر. (المجمع)

(٥) قوله: "أمانة" قال الاتقاني: وهذا من قبيل حمل الطعام على الخاص، وهو جائز، كما في قولك: الإنسان حيوان، ولا يجوز عكسه؛ لأن الوديعة عبارة عن كون الشيء أمانة باستحفاظ صاحبه عند غيره قصداً، والأمانة قد تكون من غير قصد، كما إذا هبت الريح، وألقت ثوب إنسان في حجر غيره، يكون ذلك أمانة عنده، ولكن بلا قصد، فعلى هذا قوله: الوديعة أمانة، أي هي غير مضمونة إذا هلك من غير تعد، ثم قال الاتقاني، وذكر الفقيه أبو الليث السمرقندي في "خزانة الفقه"، لا ضمان على المودع إلا في ثلاثة أشياء: التقصير في الحفظ، وخلطها بماله.

ومنها من مالها بعد الطلب، ثم قال فيها أربعة نفر، يجوز للمودع دفع الوديعة إليهم، ولا يضمن عند تلفها الزوجة والولد والمملوك والأجير، ثم قال فيها شيثان لا يوجبان الضمان مع الخلاف، إذا قال: لا تدفع إلى زوجتك، فتدفع إليها وتلف، أو قال: احفظها في هذا البيت، تحفظها في آخر من

أى بغير من فى عیاله

وللمودع^(١) أن یحفظها بنفسه وبعیاله، فإن حفظها^(٢) بغيرهم

بأن وقع حریق فی داره بأن كان فی السفینة وهب الريح فخاف الغرق

ضمن^(٣)، إلا^(٤) أن یخاف الحرق أو الغرق، فیسلمها إلى جاره،

تلك الدار . (الشلبی)

(٦) قوله: "فلا یضمن" أى فلا یضمن إن هلكت من غیر تعد؛ لما روى ابن ماجه فى "سننه" عن عمرو بن شعيب عن أبیه عن جده أن النبى ﷺ قال: «من أودع وديعة فلا ضمان علیه».

وقال مالك رحمه الله: إذا سرت الودیعة من عند المودع، ولم یسرق له معها مال، یضمن للثیمة، قلنا: هو متبرع لقوله علیه السلام: ليس على المستودع غیر المغل ضمان، والمغل الخائن، والإغلال الخيانة. (شرح النقاية)

(٧) واشتراط الضمان على الأمين باطل به یفتى .

(١) قوله: "وللمودع" أى وللمودع حفظ الودیعة بنفسه وبمن فى عیاله من زوجته وولده ووالديه، وأجيره الخاص الذى استأجره مشاهرة أو مسانهة، وإن نهى عن حفظها بهم .

وقال الشافعی رحمه الله: ليس للمودع أن يدفعها إلى من فى عیاله؛ لأن مالكها رضى بحفظه لا یحفظ غیره، ولنا: أن الواجب علیه أن یحفظها حفظ مال نفسه، وهو یحفظ بعیاله؛ لأن المودع لا یمكنه ملازمة بیته لحفظ الودیعة، ولا استصحابها معه فى خروجه، فلم یكن له بد من حفظها بمن فى عیاله .

وفى "الذخيرة": الدفع إلى من فى العیال إنما یجوز إذا كان أميناً، ولو دفعها المودع إلى أمين من أمناه ليس فى عیاله، یجوز، وعليه الفتوى، وتفسیر من فى عیاله أن یسكن معه، سواء كان فى نفقته أو لم یكن، والعبرة فى هذا للمساكنة إلا فى حق الزوجة والولد الصغیر والعبد، لكن یشتراط فى الولد الصغیر أن یقدر على الحفظ، فعلى هذا التفسیر ینبغى أن لا یضمن بالدفع إلى أجنبى یسكن معه . (شرح النقاية مع أدنى تغیر وحذف والطحطاوى)

(٢) قوله: "حفظها" أفاد بإطلاق الحفظ أنه لا یضمن، سواء كان الحفظ بدون الإيداع أو به، أما الأول فمثل أن یرج من بیته، ویترك الودیعة فیهِ، ولم یكن ثمة من یجوز دفع الودیعة إلیهِ، وأما الثانى فكما یرج الودیعة من بیته، فیعطیه لشخص. (محمد إعزاز على غفر له)

(٣) المودع أو ذلك الغير؛ لأن صاحبها لم یرض بید غیر، والأیدی تختلف فى الأمانة .

(٤) قوله: "إلا" أى لا یضمن فى هاتین الصورتین: الأولى: كانت الودیعة فى داره، فوقعت النار فى داره، فخاف أن تحرق الودیعة، فسلمها إلى بعض جيرانه .

أو كانت فى السفینة، فمال بها الأمواج، فخاف أن تغرق الودیعة، فسلمها إلى ذلك آخر؛ لأن التسليم إلى جاره أو الإلقاء فى سفینة أخرى عند إحاطة النار بداره، وعند تحفظ السفینة تعین حفظاً، فلا یضمن به، ولا یصدق على ذلك إلا بیئته؛ لأن تسليم الودیعة إلى غیره موجب للضمان، ودعوى ضرورة دعوى مسقط له، فلا یقبل إلا بیئته، كما إذا تلفها بالصرف فى حاجته بإذن أهلها. (الزیلعی)

أى صاحبها أى صاحب الوديعة أى حال كون المودع قادراً... إلخ
أو فلك آخر، فإن طلب ربها فحبسها عن ربها قادراً على
تسليمها، أو خلطها بماله حتى لا يتميز^(١) ضمنها^(٢)، فإن^(٣)
في المخلوط
اختلط بلا فعله اشتركا.

المودع أى بعض الوديعة. أى مثل ما أنفق خلطاً يتميز معه
ولو أنفق بعضها فرد مثله، فخلطه بالباقي ضمن^(٤) الكل،
أى فى الوديعة. وردها إلى يده على ما كان. الواجب بالتعدى
وإن تعدى^(٥) فيها، ثم أزال التعدى، زال الضمان بخلاف^(٦)

(١) كالخطة بالخطة، أو تعسر التمييز، كالخطة بالشعير، وكخلط المائع بغير جنسه، مثل خلط
الزيت بالشير.

(٢) قوله: "ضمنها" لأنه متعدد بالمنع بعد الطلب مع القدرة على تسليمها، إذ لا يرضى بإمسائها
بعد، فيكون معزولاً، فصار يده عليها كيد الغاصب، فيضمن، وكذا بالخلط، فصار مستهلكاً متعدياً،
إذ لا يمكن الوصول إلى عين حقه بسبب فعله، فيجب عليه الضمان، ويملك المخلوط، ولا سبيل
للمودع فى المخلوط عند أبى حنيفة رحمه الله.

وقال: إذا خلطها بجنسها شركه إن شاء، وقيد الخلط بعدم التمييز؛ لأنه لو خلطها وكان يتيسر
تمييزه، كما لو خلط الدراهم البيض بالسود، والدراهم بالدنانير، والجوز باللوز، لم ينقطع حق المالك
بالإنفاق؛ لتمكنه من الوصول إلى عين ملكه بالإخراج. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "فإن" أى وإن اختلط الوديعة بمال المودع بلا فعله، كما لو انشق الكيس فى صندوقه،
فاختلطت بدراهمه، اشتركا بقدر ملكهما، ولا يضمن المودع، لعدم الصنع منه، وهذه شركة إملاك،
حتى لو هلك بعضها هلك من مالهما، ويقسم الباقي بينهما على قدر ما كان لكل منهما. (شرح النقاية)

(٤) قوله: "ضمن" قال فى "البحر": ضمن الكل البعض بالإنفاق، والبعض بالخلط؛ لأنه متعدد
بالإنفاق منها، وما رده باق على ملكه - انتهى - (الطحطاوى)

(٥) قوله: "وإن تعدى أى فى الوديعة، بأن كانت دابة فركبها، أو ثوباً فلبسه، أو عبداً
فاستخدمه، أو أودعها غيره، ثم أزال التعدى فردها إلى يده، برئ عن الضمان؛ لأنه مأمور بالحفظ فى
كل الأوقات، فإذا خالف فى البعض، ثم رجع أتى بالمأمور به، كما إذا استأجره للحفظ شهراً، فترك
الحفظ فى بعضه، ثم حفظ فى الباقي، استحق الأجرة بقدره، وقد قدمنا فى باب الجنائيات على الإحرام
عن الظهيرة أنه يزول الضمان عنه بشرط أنه لا يعزم على العود إلى التعدى حتى لو نزع ثوب الوديعة
ليلاً، ومن عزمه أن يلبس نهاراً ثوب الوديعة، ثم سرق ليلاً لا يبرأ عن الضمان - فراجع - (البحر)

(٦) قوله: "بخلاف" فإنهما إذا تعديا، ثم أزالاه، لا يزول الضمان؛ لأن البراءة عنه إنما تكون

حيث لا يزول ضمانها بإزالة التعدي
المستعير والمستأجر وإقراره بعد جحوده، وله^(١) أن

من صاحب الوديعة

يسافر بها عند عدم النهي والخوف^(٢).

أى لو أودع رجلان. مثلاً أو قيمياً بفتح الدال أى إلى أحد الاثنين أى نصيبه ولو^(٣) أودعا شيئاً لم يدفع المودع إلى أحدهما حظه حتى

بالإعادة إلى يد المالك حقيقة أو تقديرًا، ويدهما لهما؛ لأنهما عاملان لأنفسهما، بخلاف المودع، فإن يده كيد المالك، وبخلاف إقراره بعد جحوده، يعنى أن المودع إذا جحد الوديعة، بأن قال: لم يودعنى عند مالكها بعد طلب ردها، ونقلها من مكانها وقت الإنكار، وكانت منقولا، ولم يكن هناك من يخاف منه عليها، ولم يحضرها بعد الجحود لمالكها، ثم أقر بها، لا يزول الضمان؛ لأن الجحود رفع للعقد، فيفسخ به العقد، فلا يعود إلا بعقد جديد، كجحود الوكيل الوكالة، وجحود أحد المتبايعين البيع.

قيدنا بكونه أنكر الإيداع؛ لأن المودع لو ادعى أن المالك وهبها منه، أو باعها له، وأنكر صاحبها، ثم هلك، لا ضمان على المودع، كذا فى "الخلاصة".

وقيدنا بكون الإنكار عند المالك؛ لأن جحودها عند غيره لا يوجب الضمان، وقيدنا بكونه بعد الطلب؛ لأنه لو قال له: ما حال وديعتى عندك ليشكر على حفظها فجحدها، لا ضمان عليه.

وقيدنا بكونه نقلها؛ لأنه لو لم ينقلها من مكانها حال جحوده، فهلك لا ضمان عليه، كذا فى "الخلاصة" عن "الأجناس": وقيدنا بكونه منقولا؛ لأنها لو كانت عقاراً لا يضمن بالجحود عند أبى حنيفة وأبى يوسف، خلافاً لمحمد فى الأصح، ذكره الشارح فى الغصب، وقيدنا بكونه لم يكن من يخاف عليها منه؛ لأنه لو جحدها فى وجه عدو يخاف عليها التلف إن أقر، ثم هلك لا يضمنها؛ لأنه إنما أراد حفظها، وقيدنا بكونه لم يحضرها؛ لأنه لو جحدها ثم أحضرها فقال له صاحبها: دعها وديعة عندك، فهلك، فإن أمكنه أخذها، فلم يأخذها، لم يضمن؛ لأنه إيداع جديد، وإن لم يمكن أخذها، ضمن؛ لأنه لم يتم الرد. (بحر بقدر الحاجة)

(١) قوله: "وله" أى للمودع أن يسافر بالوديعة إذا لم ينه المودع، ولم يخف عليها بالإخراج؛ لأن الأمر مطلق، فلا يتقيد بالمكان، كما لا يتقيد بالزمان قيد بعدم النهي؛ لأنه لو نهاء عن السفر، ليس له ذلك، وقيد بعدم الخوف لأن الطريق لو كان مخوفاً، وله بد من السفر، كان ضامناً، وكذا الأب والوصى.

وإن لم يكن له بد منه إن سافر بأهله، لا يضمن، وإن سافر بنفسه يكون ضامناً، كذا فى "فتاوى قاضى خان"، ومن الخوف السفر فى البحر؛ لأن الغالب فيه العطب، كذا فى "الاختيار"، وأطلق المصنف، فشمّل ماله حمل ومؤنة، طال الخروج أو قصر، وهو قول الإمام. (البحر)

(٢) أى وعند الخوف عليها بالإخراج.

(٣) قوله: "ولو" أى لو أودع رجلان شيئاً عند رجل، فحضر أحدهما يطلب نصيبه، لم يدفع إليه حتى يحضر الآخر، وهذا عند أبى حنيفة، وهو مروي عن على رضى الله عنه، وقال: له ذلك، والخلاف فى ذوات الأمثال، وفى غيره ليس له ذلك بالإجماع.

كالدراهم والدنانير أى المودعان

يحضر الآخر، وإن أودع رجل عند رجلين مما يقتسم اقتسماه،

وحفظ كل نصفه، ولو دفع إلى الآخر ضمن^(١) بخلاف ما لا

يقسم، ولو^(٢) قال له: لا تدفع إلى عيالك، أو احفظ فى هذا

البيت، فدفعها إلى من لا بد له منه، أو حفظها فى بيت آخر

لهما أن الحاضر طلب نصيبه خاصة، فيؤمر بالدفع إليه، كما فى الدين المشترك، وهذا لأنه يطالبه بتسليم ما يسلم إليه، وهو النصف، وهو له، ولهذا كان له أن يأخذ إذا ظفر به، فكذا يؤمر المودع بالتسليم إليه.

ولأبى حنيفة ما روينا عن على رضى الله عنه؛ ولأن المودع لا يملك القسمة بينهما، ولهذا لو دفع إليه نصفه لا يكون قسمة بالإجماع حتى إذا هلك الباقي، رجع صاحبه على الأخذ بحصته بالإجماع، فإذا لم يقع قسمة لا يجوز له أن يدفع نصيب الغائب إليه، لعدم إذنه بذلك، فيكون متعدياً بالدفع، فيضمن نصفه بخلاف الدين المشترك؛ لأنه لا يطالبه بتسليم حقه؛ لأن الديون تقضى بأمثالها، وأخذه الشريك عند الظفر به، لا يدل على أن المودع يؤمر بالدفع.

ألا ترى أن رجلاً إذا كان له على إنسان ألف درهم دين، وللمديون ألف درهم وديعة عند آخر، فلغريمه أن يأخذ الوديعة إذا ظفر بها، وليس للمودع أن يدفع إليه، ولا يؤمر بذلك. وروى أن رجلين دخلا الحمام، وأودعا عند الحمامي ألفاً، فخرج أحدهما، فطلبه منه، فأعطاه، ثم خرج الآخر، وطلبه، فتحير الحمامي، وذهب إلى أبى حنيفة رحمه الله، فقال له: قل لا أعطيك حتى تحضر صاحبك فانقطع. (الزليعى)

(١) قوله: "ضمن" وهذا عند أبى حنيفة، وكذلك الجواب فى المرتهين والوكيلين بالشراء إذا أسلم أحدهما إلى الآخر، وقالوا: لأحدهما أن يحفظ بإذن الآخر فى الوجهين؛ لأن المودع رضى بأمانتها، فكان لكل واحد منهما أن يسلم إلى الآخر، ولا يضمن، كما فيما لا يقسم.

ولأبى حنيفة رحمه الله: وهو قياس أن المالك رضى بحفظهما لا بحفظ أحدهما، ورضاه بأمانة الاثنين لا يكون رضا بأمانة الواحد، وهذا لأن الأصل إن فعل الاثنين إذا أضيف إلى ما يقبل الوصف بالتجزئ يتناول البعض لا الكل، فإذا سلم الكل إلى الآخر، ولم يرص المالك به، ضمن، ولا يضمن القابض؛ لأن مودع المودع لا يضمن عنده، أما فيما لا يقسم، فالمالك رضى بثبوت يد كل واحد منهما على الانفرد فى الكل؛ لأنه لما أودعهما مع علمه بأنهما لا يجتمعان على حفظه إثناء الليل والنهار، وأمكنهما المهاباة صار راضياً بحفظ كل واحد منهما بجميعة على الانفرد. (الزليعى)

(٢) قوله: "ولو" أى المودع، قال ذلك للمودع، فخالفه فى ذلك، لا يضمن؛ لأنه لا يمكنه الحفظ مع مراعاة شرطه، فلم يكن مفيداً فيلغو، وأشار إلى أنه لا بد أن تكون الوديعة مما تحفظ فى يد من منعه حتى لو كانت فرساً، فمنعه من دفعها إلى امرأته، أو عقد جوهر، فمنعه من دفعه إلى غلامه،

من الدار^(١)، لم یضمن، وإن كان^(٢) له منه بد^(٣)، وحفظها فی الدافع
 بفتح الدال أي لا یضمن بفتح الدال
 دار أخرى ضمن، ومودع^(٤) الغاصب ضامن لا مودع المودع.
 أي كل واحد منهما ادعی أنه... إلخ أي الرجل الرجل
 معه ألف ادعی رجلان كل أنه له أودعه إياه، فنكل
 الذي مع الرجل. أي على الرجل الذي معه الألف. أي بین الرجلین
 لهما^(٥)، فالألف^(٦) لهما، وعليه ألف آخر بينهما.

فدفع ضمن، وإلى أن بیوت الدار لا بد أن تكون مستوية فی الحفظ، حتى لو منعه من وضعها فی بیت
 فیہ خلل، فوضعها فیہ، ضمن، وكذا إذا كان ظهر البیت على السكة. (البحر والزیلعی)
 (١) التي تشتمل على البیت الذي عینہ وعلى غیره.

(٢) قوله: "وإن كان" أي إن كان له بد من دفع الودیعة إلى من نهاه عن دفعها إليه، بأن نهاه أن
 يدفعها إلى امرأة فلانة، وله امرأة أخرى، أو نهاه أن یسلمها إلى غلامه فلان، وله غلام آخر فخالقه، أو
 قال: لو احفظها فی هذا البیت، أو فی هذه الدار فحفظها فی دار أخرى ضمن؛ لأن الناس یختلفون فی
 الأمانة والکیاسة، ومعرفة طرق الصيانة عما یوجب شیئاً فی الدین، إذ هی الحاملة على الحفظ كما
 ینبغي، وكذا الدور تختلف فی الحرز، فكان هذا الشرط مفیداً، فیعتبر إذا كان لا یحرج بالوفاء
 بالشرط، وذلك عند وجود من ذكرناه، وإلا فلا. (الزیلعی)
 (٣) أي من دفعها إلى من نهاه عن دفعها إليه.

(٤) قوله: "ومودع" أي إذا غصب رجل شیئاً وأودعه عند أحد، فضاعت الودیعة، یضمن
 المودع.
 ولو أودع رجل عند رجل من غیر عیاله شیئاً، فضاعت الودیعة لا یضمن، وهذا عند أبي حنیفة
 رحمه الله.

وقالا: له أن یضمن أيهما شاء، لكن الأول لا یرجع على الأخير إن ضمن، والأخير یرجع على
 الأول إن ضمن، وله أن الثاني قبض من يد أمين؛ لأنه لا یضمن بالدفع ما لم یفارقه، فإذا فارقه فقد
 ترك، أي الأول الحفظ الملتزم، فیضمنه بذلك، وأما الثاني فباق على الحالة الأولى، ولم یوجد منه منع،
 فلا یضمنه، كما إذا ألفت الريح ثوباً فی حجره، بخلاف مودع الغاصب؛ لأن الغاصب متعدي بمجرد
 الدفع، ومودعه بمجرد الأخذ. (عز والكشف)

(٥) أي للرجلین بعد استحلافه.

(٦) قوله: "فالألف" أي إذا كان فی يد رجل ألف، فادعاهما رجلان كل واحد منهما أنها له،
 أودعها إياه، یحلف لهما؛ لأن دعوتهما صحيحة، فتجب علیه اليمين لهما، فإن حلف لهما فلا شیء
 لهما علیه لعدم الحجة، وإن حلف لأحدهما، ونكل لآخر، قضی به لمن نكل له دون الآخر لوجود
 الحجة فی حقه دون الآخر، وإن نكل لهما قضی بينهما لعدم الأولوية، ثم یجب علیه ألف أخرى

كتاب العارية^(١)

وهي تمليك المنفعة بلا عوض^(٢)، وتصح^(٣) بأعرتك
 هذا تعريفها شرعاً
 أى بقول المعير: أعرتك

لإقراره لهما، وللقاضى أن يبدأ بأيهما شاء بالتحليف، والأولى القرعة، وفى التحليف للثانى يقول: بالله ما هذه العين له، ولا قيمتها؛ لأنه لما أقر بها للأول ثبت الحق فيها له، فلا يفيد إقراره بها للثانى، فلو اقتصر على الأول لكان صادقاً. (الزيلعى والمجمع)

(١) قوله: "العارية" وهى بالتشديد كأنها منسوبة إلى العار؛ لأن طلبها عار وعيب، كذا فى "المصباح"، وفى "المغرب": أنها منسوبة إلى العارة اسم من الإعارة، وأخذها من العار بمعنى العيب خطأ، فإن العار يأتى، والعارية واوية على ما صرحوا أنفسهم به. (المجمع)
 وفى "النهاية": أن ما فى "المغرب": هو المعول عليه؛ لأن بشر الاستعارة، فلو كان العار فى طلبها لما باشرها. . . اهـ، وفى "المبسوط": أنها مشتقة من التعادر، وهو التنادب، فكأنه يجعل للغير نوبة ولنفسه نوبة. (المجمع والبحر)
 قال فى "شرح النقاية": هى لغة بالتشديد وتخفف منسوبة إلى العار؛ لأن طلبها عار وعيب على أن أصل العار العود.

(٢) قوله: "بلا عوض" فخرج تمليك العين، كالبيع والهبة، وتمليك النفع بعوض، كالإجارة، وقال الكرخى: هى إباحة الانتفاع لا تمليك المنفعة، وهو قول الشافعى وأحمد؛ لأن المستعير لا يملك الإجارة من غيره، ومن ملك شيئاً ملك تمليكه من غيره بعوض.
 ولنا أن المستعير إنما لا يملك الإجرة لما فيها من الضرر بالمعير؛ لأنه ملك المستعير المنافع على وجه يتمكن من الاسترداد متى شاء، فلو ملك المستعير الإجارة، لم يتمكن المعير من ذلك. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "وتصح" أى تصح العارية بهذه الألفاظ، أما قوله: أعرتك فلأنه صريح حقيقة، وأما قوله: أطعمتك أرضى، فلأنه مجاز؛ لأن الإطعام إذا أضيف إلى ما لا يؤكل عينه، يراد به ما يستغل منه مجازاً؛ لأنه محله، وأما قوله: منحتك ثوبى وحملتك على دابتى، فلأن كلا من منحت وحملت حقيقة فى كل من تمليك المنفعة وتمليك العين، فيحمل عند عدم النية على الأولى، وهو العارية؛ لأنه متيقن، وهذا إذا لم يرد بالمذكور من منحتك وحملتك هبة، وأما قوله: أخدمتك عبدى فلأنه أذن فى الاستخدام.

وأما قوله: دارى لك . . . إلخ فلأن لفظة السكنى محكم فى المنفعة، فيحمل اللام فى لك على تمليك المنافع؛ لأنه محتملها، ولأن دارى مبتدأ ذلك خبره، وسكنى تميز عن النسبة إلى المخاطب، وأما قوله: دارى لك عمرى . . . إلخ، فلأنه يقال: عمره الدار، أى قال له: هى لك مدة عمرك، والعمرى اسم منه، فيصير معناه: جعلت سكنها لك مدة عمرك (عز)

أى غلتها أى أعطيتك
وأطعمتك أرضي، ومنحتك ثوبي، وحملتك على دابتي،
أى جعلت سكنها لك مدة وعمرك
وأخدمتك عبدى، ودارى لك سكنى، ودارى لك عمرى
عن العارية من المستعير
سكنى، ويرجع^(١) المعير متى شاء، ولو هلكت بلا تعد لم
المستعير المستعار
يضمن^(٢)، ولا تؤجر^(٣)، ولا ترهن^(٤) كالوديعة، فإن أجر

(١) قوله: "ويرجع" سواء كانت العارية مطلقة، أو موقته؛ لأن المنافع تحدث شيئاً فشيئاً، وثبتت الملك فيها يجب حدوثها، فالرجوع بالنسبة إلى المنافع التى لم تحدث، فيكون امتناعاً عن تملكها، وله ولاية ذلك. (شرح النقاية)

(٢) قوله: "لم يضمن" وبه قال مالك والثوري والأوزاعي، وروى عن علي وابن مسعود والحسن والنخعي والشعبي وعمر بن عبد العزيز وشريح، وقال الشافعي رحمه الله: إن هلك من الاستعمال المعتاد لا يضمن، وإن هلك من غيره يضمن.

وحاصل الخلاف أن العارية أمانة مطلقاً عندنا، لا وقت استعمالها فقط، كما قاله الشافعي رحمه الله، وهو قول ابن عباس وأبي هريرة وعطاء وإسحاق؛ لقوله عليه السلام □ «أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك»، رواه الترمذي، وقال: حديث حسن غريب.

وقوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»، رواه ابن أبي شيبة، ولما روى أبو داود والنسائي عن صفوان بن أمية: "أن النبي ﷺ استعار منه درعاً يوم حنين، فقال: أغضب يا محمد، قال: بل عارية مضمونة".

ولما روى أبو داود والترمذي، وقال: حديث حسن عن أبي أمامة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث إلى أن قال: العارية مؤداة، والمنحة مردودة.

وما في "مصنف عبد الرزاق": عن عمر بن الخطاب قال: العارية بمنزلة الوديعة لا ضمان فيها إلا أن يتعدى، وعن علي: ليس على صاحب العارية ضمان.

الحديثان اللذان رواهما أولاً، إنما يقتضيان وجوب رد العين، ولا كلام فيه، وإنما الكلام في وجوب ضمان القيمة بعد هلاكها، وما روه من حديث صفوان معارض بما روى أحمد في مسنده والحاكم في مستدركه وسكت عليه، وابن حبان عن ابن عباس: "أن رسول الله ﷺ استعار عن صفوان بن أمية دروعاً وسلاحاً في غزوة حنين، فقال: يا رسول الله أعارية مؤداة، قال: نعم عارية مؤداة".

ويجاب عنه بأنه عليه السلام أخذ دروع صفوان بغير رضاه، ولذا قال: أغضب يا محمد؟ لأنه ﷺ كان محتاجاً إلى السلاح، وكان الأخذ له جلالاً، ولكن يشترط الضمان، كأخذ طعام الغير في حال المخصصة.

وقيل: المراد ضمان الرد بدليل قوله عليه السلام: «إذا أتتك رسلى فأعطهم ثلاثين بغيراً وثلاثين

أى فهلكت المستعير المستعار المستعير العارية أى باختلاف المستعمل
فعطيت ضمن^(١)، ويعير^(٢) ما لا^(٣) يختلف بالمستعمل، فلو
قيدها بوقت^(٤) ومنفعة^(٥) أو بهما لا يجاوز^(٦) عما سماه.

درعاً»، قال: فقلت يا رسول الله! أعارية مضمونة، أو عارية مؤداة، قال: بل مؤداة، رواه أبو داود والنسائي وابن حبان في صحيحه، وقيل: كان هذا منه عليه السلام اشتراطاً للضمان على نفسه. وعندنا المستعير لا يضمن بالشرط، ولكن صفوان كان يومئذ حربياً، ويجوز بين المسلم والحربي من الشرائط ما لا يجوز بين المسلمين، وقيل: المستعير وإن كان لا يضمن لكن يضمن بالشرط، كالمودع على ما ذكره في المنتقى.

وقيل: إنما كان ذلك تطبيهاً لقلب صفوان على ما روى: "أنه هلك بعض تلك الدروع، فقال ﷺ: إن شئت غرمنها لك، فقال: لا، فإنما اليوم أرغب في الإسلام مما كنت يومئذ، ولو كان الضمان واجباً لأمره بالاستيفاء أو الإبراء. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "ولا تؤجر" لأن الإعارة دون الإجارة؛ لأنها معاوضة بخلاف العارية، والشيء لا يتضمن ما فوقه؛ ولأن الإجارة أقوى؛ لأنها لازمة، فلو ملكها لزم لزوم ما لا يلزم، وهو العارية، أو عدم لزوم ما يلزم، وهو الإجارة (كشف وبحر)

(٤) قوله: "ولا ترهن" لأن الرهن إيفاء، وليس له إيفاء دينه بمال غيره؛ ولأن الرهن عقد لازم، فصار كالإجارة. (الكشف)

(١) المستعير؛ لأنه إذا لم يتناوله العارية كان غصباً.

(٢) قوله: "ويعير" أى يعير المستعير العارية إذا كانت مما لا يختلف باختلاف المستعمل، وقال الشافعي رضى الله تعالى عنه: ليس له أن يعير؛ لأن العارية إباحة المنافع عنده، والمباح له ليس له أن يبيع لغيره، وعندنا لما كانت تمليك المنافع، جاز أن يعير؛ لأن المالك يملك أن يملك، كالمستأجر يملك أن يؤجر، وكالموصى له بالخدمة يملك أن يعير، وهذا إذا صدرت مطلقة، وإن كانت مقيدة بشيء تنقيد به، وهى المسألة التى تلى هذه المسألة على ما يجىء تفصيله. (الزيلعي)

(٣) قوله: "ما لا يختلف" قيد بما لا يختلف، وهو الحمل، والاستخدام والسكنى؛ لأن ما يختلف ليس له فيه أن يعير كاللبس والركوب. (البحر)

(٤) معين بشهر أو جمعة مثلاً.

(٥) أى أو قيدها بمنفعة بأن شرط هو بنفسه أو فلان معيناً.

(٦) قوله: "لا يجاوز" لأنه يتصرف فى ملك الغير، فلا يملك إلا على الوجه الذى أذن له فيه من تقييد أو إطلاق، ثم لا يخلو إما أن تكون مطلقة، أو تكون مقيدة بالزمان، أو بالانتفاع أو بهما، فإن كانت مطلقة، كمن استعار دابته للركوب، أو ثوباً للبس، ولم يسم شيئاً، كان له أن يلبس ويركب بنفسه، وله أن يعير ما لم يلبس هو، ولم يركب، فإذا ألبس غيره، أو أركبه، فليس له أن يركب بنفسه

المعير من الوقت، أو المنفعة، أو منهما ^{بالعارية}
 وإن أطلق له أن ينتفع أى نوع فى أى وقت شاء، وعارية
 الثمنين^(١) والمكيلى والموزون والمعدود قرض^(٢)، وإن أعار أرضاً ^{مثل الخنطة والشعير مثل العسل والزيت}
 للبناء، أو للغرس صح^(٣)، وله أن يرجع ويكلف^(٤) قلعهما، ^{أى غرس الشجر الإعلنة أى للمعير من العارية}

بعد ذلك فى الصحيح؛ لأنه تعين بالفعل، فيكون خلافه تعدياً، ذكره فى الكافى .
 وقال: سواء كان المستعار شيئاً يتفاوت الناس فى الانتفاع به، كاللبس فى الثوب والركوب فى الدابة، فجعله كالإجارة، فعلى هذا ينبغي أن يحمل هذا الإطلاق الذى ذكره هنا فيما يختلف باختلاف المستعمل، كاللبس والركوب والزراعة على ما إذا قال: على أن أركب عليها من أشياء، أو ألبس الثوب من أشياء، كما حمل الإطلاق الذى ذكر فى الإجارة على هذا.
 وإن كانت الإعارة مقيدة بالانتفاع دون الوقت، بأن شرط أن ينتفع هو بنفسه، أو غيره معيناً، لا يجوز له أن يخالف ذلك التقيد بما يختلف باختلاف المستعمل، كالركوب وأخواته، وللمسمى أن يفعل فى أى وقت شاء.

وإن كان لا يختلف كالسكنى والحمل، جاز أن يفعل بنفسه وبغيره فى أى وقت شاء؛ لأن التقيد بالانتفاع فيما لا يختلف لا يقيد، وإن كانت مقيدة بالوقت، تقيدت به حتى لا يجوز له أن ينتفع بها إلا فى الوقت المعين، ومن حيث الانتفاع، فهى باقية على إطلاقها، فيجوز له مطلقاً فيما يختلف بالمستعمل، وفيما لا يختلف على الصفة المتقدمة فى المطلق عن الانتفاع والوقت، وإن كانت مقيدة بهما تقيدت من حيث الوقت كيفما كان، وكذا من حيث الانتفاع فيما يختلف باختلاف المستعمل، وفيما لا يختلف لا تقيد لعدم الفائدة على ما بينا فى المقيد بالانتفاع. (الزيلعى)

(١) قوله: "الثنين [أى الدراهم والدنانير]" ومراده أن إعارة ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء العين قرض، ولو كان قيمياً، حتى لو قال: أعرتك هذه القصعة من الثريد، فأخذها وأكلها، فعليه مثله أو قيمته، وكان قرضاً إلا إذا كان بينهما مباسطة، فيكون ذلك دلالة للإباحة، قيدنا بكونه لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه؛ لأنه لو أمكن بأن استعار درهماً ليعاير به ميزانه كان عارية، فليس له الانتفاع بعينه كعارية الحلى. (البحر بحذف)

(٢) قوله: "قرض" أن الإعارة تمليك المنافع، ولا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك عينها، فاقضى تمليك العين ضرورة، وذلك بالهبة، أو القرض، والقرض أدناهما؛ لأنه أقل ضرر على المعطى، فيثبت. (الكشف بتصرف)

(٣) قوله: "صح" لأن منفعتها معلومة، ويجوز الانتفاع بها شرعاً، وإيجارها، فكذا إعارتها، بل أولى لكونها تبرعاً. (الزيلعى)

(٤) قوله: "ويكلف" أى ويجبر المستعير على القلع إلا إذا كان فيه مضرة بالأرض، فإن كان يترك بقيمته مقلوعاً، وأما وجه التكليف فلأنه شاغل لأرض غيره. (الكشف مع تغير)

ولا^(١) يضمن إن لم يوقت، وإن وقت ورجع قبله ضمن^(٢)
 رب الأرض للمستعير للعارية وقتاً المعبر وقتاً معيناً أى قبل الوقت الذى عينه
 ما نقص بالقلع، وإن أعارها ليزرعها لا تؤخذ^(٣)، حتى يحصد
 يوقت أى أو لم يوقت أى رد العارية وقت أو لا، ومؤنة الرد على^(٤) المستعير، والمودع، والمؤجر

(١) قوله: "ولا" أى لا ضمان على المعبر إذا رجع إن لم يوقت لها وقتاً؛ لأنها غير لازمة ولا يغتره. (البحر)

(٢) قوله: "ضمن" أى وضمن المعبر للمستعير ما نقص البناء والغرس بالقلع، بأن يقوم قائماً غير مقلوع؛ لأن القلع غير مستحق قبل الوقت، ذكره فى "شرح الكنز"، والمعنى بكم يشتريان بشرط قيامهما إلى المدة المضروبة.

وفى "القدورى": إذا كانت قيمتها وقت مضى المدة المضروبة عشرة دنائير مثلاً، وحين قلعهما ثمانية يرجع بدينارين، وفى "المبسوط": يملكها به إلا أن يرفعهما المستعير، ولا يضمن قيمتها فله ذلك؛ لأنه ملكه إن وقتها المعبر الإعارة، ورجع قبله، قال زفر: لا يضمن لأن التوقيت والإطلاق فيها سواء لبطلان التأجيل فى العوارى.

ولنا أن المعبر بالتوقيت غار للمستعير؛ لأنه نص على الترك الأرض فى يده، وقرار بناء وغرسه فيها المدة التى سماها، وللمغرور أن يدفع الضرر عن نفسه بالرجوع على الغار. (شرح النقاية)

(٣) لأن له نهاية معلومة، وفى الترك بالأجر مراعاة لحقين.

(٤) قوله: "على" لأن المنفعة حصلت لهم، والأصل أن مؤنة الرد تجب على من وقع القبض له، أما المستعير فلأنه قبضه لمنفعة نفسه، والرد واجب عليه، ولهذا لو كانت العارية موقفة فأمسكها بعد مضى الوقت، لم يردّها حتى هلكت ضمن، بخلاف المستأجر، فإذا وجب عليه الرد كانت مؤنة عليه؛ لأن الخراج بالضمان، والغرم بالغنم.

وأما المستأجر فلأن العين المستأجرة مقبوضة لمنفعة المالك؛ لأن الأجر سلم له به، ولا يجب على المستأجر ردها، وإنما يجب عليه التمكين والتخلى، فلا يكون عليه مؤنة الرد.

ولا يقال: قبضه كان لمنفعة نفسه، فوجب أن تكون المؤنة عليه؟ لأننا نقول: إن ما حصل له منفعة، وهى عرض ينفى، وما حصل للمؤجر عين تبقى، فكان هو بالوجوب أولى.

وأما الوديعة فلأن منفعة القبض حاصلة له؛ لأنه لحفظ العين، وأما المغصوبة فلأن الغاصب يجب عليه فسخ فعله، وذلك بردها، وإعادتها إلى يد مالكها كما كانت؛ لأنه هو الذى أزال يده متعدية، ففى ردها براءة ذمته، فيكون عليه مؤنة ردها دفعاً للضرر عن المالك، وأما الدين فلأن قبضه قبض استيفاء، فكان قابضاً لنفسه. (الزيلعى)

والغاصب والمرتهن، وإن رد المستعير الدابة^(١) إلى إصطبل مالكةا، أو العبد إلى دار المالك، برئ، بخلاف^(٢) المغصوب والوديعة، وإن ردّ المستعير الدابة مع عبده، أو أجيره^{أو مسانبة} مشاهرة^(٣)، أو مع عبد رب الدابة أو أجبره برئ^(٤)، بخلاف^(٥) الأجنبي^(٦)، ويكتب^(٧) المكار إنك أطعمتني أرضك.

(١) قوله: "الدابة" أى إذا أعار رجل دابة، ثم ردها إلى إصطبل مالكةا برئ عن الضمان استحساناً، لا قياساً؛ لأن رد العواري إلى دار المالك معتاد، كالة البيت تعار، ثم ترد إلى الدار، ولو ردها إلى المالك، كان المالك يردها إلى المربط. (الكشف مع زيادة)

(٢) قوله: "بخلاف" فإن الغاصب والمودع لا يبرئان إلا بتسليم العين المغصوبة، والوديعة إلى المالك، أما الغاصب فلأن الواجب على الغاصب أن يفسخ فعله، وذلك مقتصر على الرد إلى يد المالك لا غير. وأما المودع فلأن المالك لا يرضى بردها إلى الدار، ولا إلى عياله، وإلا لما أودعها إياه، بخلاف العواري؛ لأن فيها عرفاً، حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردها إلا إلى المعير لعدم العرف فيه إلا هكذا. (عز)

(٣) احتراز عن الميادنة لأنه لا يكون فى عياله.

(٤) قوله: "برئ" والقياس أن لا يبرأ إلا بالتسليم والإيصال إلى يد صاحبها، ووجهه ما بينا، ووجه الاستحسان أن كل واحد من المعير والمستعير يحفظ ودابه بسائسه، والدفع إليه كالدفع إلى صاحبها عادة، وهو لو دفعها إلى المالك لدفعها هو إلى السائس، وحفظه بسائسه كحفظه بنفسه كما مر فى الوديعة، فيكتفى بالتسليم فيه إلى السائس، أو من السائس إلى المالك، بخلاف الوديعة حيث يضمن بالدفع إلى سائس المالك لعدم العرف بالتسليم إليه. (الزيلعى)

(٥) قوله: "بخلاف" يعنى بخلاف ما إذا ردها مع الأجنبى فإنه يضمن؛ لأنه متعدّ فى يد الأجنبى، وهذا يشهد لمن قال من المشايخ: إن للمستعير ليس له أن يودع، وعلى المختار أن هذه المسألة محمولة على ما إذا كانت العارية موقته، فمضت مدتها، ثم بعثها مع الأجنبى؛ لأنه يماسكها بعد مضى المدة يصير متعدّياً، حتى إذا هلك فى يده ضمن، فكذا إذا تركها فى يد الأجنبى. (الزيلعى)

(٦) قوله: "الأجنبى" الظاهر أنه أراد بالأجنبى من لم يكن واحداً من الأربعة المذكورة، فدخل الوكيل بالرد والرسول به فى الأجنبى. (الكشف)

(٧) قوله: "ويكتب" أى إذا استعار أرضاً بيضاء للزراعة، يكتب المستعير أنك أطعمتني أرضك، وهذا عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه، وقال: يكتب أنك أعرتني لأن الإعارة هى الموضوعه لهذا

العارية كالمفرد والهبة كالمركب ، لأن فيها تمليك العين مع المنفعة

كتاب الهبة^(١)

من الواهب

هي تمليك العين^(٢) بلا عوض^(٣)، وتصح^(٤) بإيجاب،

للكثرة استعماله في الهبة

أى أعطيت

لأنه صريح في الباب

كوهبت^(٥) ونحلت، وأطعمتك هذا الطعام، وجعلته لك،

العقد، والكتابة باللفظ الموضوع له أولى، كما في إعارة الثوب والدار، فإنه يكتب فيه: أعرتني، ولا يكتب: ألبستني، وأسكنتني.

وله أن لفظ الإطعام أدل على المقصود؛ لأنه يخص الزراعة؛ لأن الإطعام إذا أضيف إلى ما لا يؤكل يعرف منه أن المراد به الاستغلال بالتمكين من الزراعة، بخلاف لفظ الإعارة، فإنها تتكلم الزراعة أو البناء، والمراح ونصب الخيام، بخلاف الدار والثوب؛ لأن منفعتيهما غير متنوعة، فحصل المقصود بذكر العارية، فلا حاجة إلى بيان المنفعة. (الزيلعي)

(١) قوله: "الهبة" هي لغة مصدر محذوف الأول معوض عنه هاء التأنيث، وأصله وهب وهب كالعدة والوعد، معناها: إيصال ما ينفع ما لا كان أو غيره، قال الله تعالى: ﴿فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا﴾، وشرعاً ما بيّنه الشيخ. (شرح النقاية مع زيادة)

(٢) خرج الإعارة والإجارة لأنهما تمليك منفعة.

(٣) خرج البيع لأنه تمليك بعوض.

(٤) قوله: "وتصح" أى تصح الهبة بإيجاب كقوله: وهبت . . . إلخ، وبقبول وقبض في المجلس بلا إذنه وفيما بعد المجلس يملكه بالإذن صريحاً لا غير، كل ذلك في محوز ومشاع لا يقسم، أما الإيجاب والقبول فلا أنه عقد، فينقذ بهما كسائر العقود، وأما القبض فلا بد منه لثبوت الملك.

وقال المالك رحمه الله: يثبت الملك فيه قبل القبض، كالبيع، وعلى هذا الخلاف الصدقة.

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: لا يجوز الهبة إلا مقبوضة، والمراد: نفى الملك؛ لأن فيه إلزام المتبرع ما يتبرع به، فلا يجوز بخلاف الوصية؛ لأن المتبرع قد مات، والورثة ليسوا بمتبرعين.

وقوله: قبض في المجلس بلا إذنه، أى بلا إذن الواهب، وهذا استحسان، والقياس أنه لا يجوز إلا بإذنه؛ لأنه تصرف في ملك الغير، فلا يجوز إلا بإذنه، وجه الاستحسان أن القبض كالقبول والهبة، ولهذا لا يملك بها قبله، ويغنى عن القبول، كما بينا.

والمقصود من الإيجاب إثبات الملك، فيكون تسليطاً له على القبض دلالة، إذ ملكه لا يتصور إلا به، فيتقيد ذلك بالمجلس كالقبول؛ لأنه بمنزلة على ما بينا، بخلاف ما إذا ناه عن القبض في المجلس؛ لأن التصريح يفوق الدلالة، فلا تعمل بمقابلته شيئاً، ولهذا صح الإذن بعد المجلس لكونه صريحاً. (ز)

(٥) قوله: "كوهبت" وإنما انعقدت بقوله: وهبت؛ لأنه صريح في الهبة، ويقول: نحلت؛ لأنه مستعمل فيه، قال عليه الصلاة والسلام: أكل أولادك نحلت مثل هذا، ويقول: أطعمتك هذا الطعام؛

أى بهذا الكلام

وأعمرتُك هذا الشيء، وحملتُك على هذه الدابة ناويا به

أى لا تصح الهبة بقوله: دارى لك هبة

الهبة، وكسوتُك هذا الثوب، ودارى لك هبة تسكنها،

بالجر عطف على قوله: بإيجاب

لا هبة سكنى، أو سكنى هبة وقبول، وقبض^(١) فى المجلس

أى لا تصح فى مشاع يقبض

احتراز عن المشاع

أراد به بعد الافتراق

بلا إذنه، وبعده به فى^(٢) محوز^(٣) مقسوم ومشاع لا يقسم^(٤) لا

لأن الإطعام إذا أضيف إلى ما تؤكل عينه، يراد به التملك بغير عوض، وهو الهبة، بخلاف ما إذا قال: أطعمتك هذه الأرض؛ لأن عينها لا تؤكل، فيكون المراد به ما يستعمل منها، فأمكن ذلك بالعارية.

وبقوله: جعلته لك؛ لأن اللام لتمليك، فصار كأنه قال: ملكتك هذا الثوب، ألا ترى أن ذلك لو كان بعوض كان تمليكا، فكذا بغير عوض، وبقوله: أعمرت لك قوله عليه السلاة والسلام: من أعمار عمرى، فهى للمعمر له، ولورثته من بعده؛ ولأن معنى العمرى هو التملك للحال، واشتراط الاسترداد بعد موت المعمر له، فصح التملك، وبطل الشرط؛ لأن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة.

وبقوله: حملتك على هذه الدابة ناويا به الهبة؛ لأن الإركاب تصرف فى المنفعة، فيكون عارية إلا إذا أراد به الهبة، فتصح؛ لأنه مستعمل فيه، يقال: حمل الأمير فلانا على الدابة، يعنون به التملك، فتصح نيته لا سيما إذا كان تشديداً عليه.

وبقوله: كسوتك هذا الثوب؛ لأن الكسوة يراد به التملك، قال تعالى: ﴿أَوْ كَسَوْتَهُمْ﴾ والمراد به التملك؛ لأن الكفارة لا تنادى بالمنافع، وبقوله: له دارى لك هبة تسكنها؛ لأن اللام فيه للتمليك ظاهراً، وقوله: تسكنها مشورة وتنبيه على المقصود، فصار نظير قوله: هذا الطعام لك تأكله، أو هذا الثوب لك تلبسه، بخلاف ما إذا قال: دارى بك هبة سكنى، أو سكنى هبة، حيث تكون عارية على ما بينا فى العارية، وهو المراد بقوله: لا هبة سكنى، أى لا تكون تمليكا بقوله: دارى لك هبة سكنى. (الزيلعى بحذف)

(١) أى وتصح بتسليم وقبض... إلخ.

(٢) قوله: "فى" أى تجوز الهبة فى محوز مقسوم، وفى مشاع لا يقسم، ولا تجوز فى مشاع يقسم، وقال الشافعى رضى الله تعالى عنه: تجوز هبة المشاع فيما يقسم، وفيما لا يقسم؛ لأنها عقد تملك، والمحل قابل له، فأشبهت البيع، وكونه تبرعاً لا ينافى الملك فى الشيوخ، كالقرض والوصية، وتسليمه ممكن بالتخلية، أو تسليم الكل إليه كالمشاع الذى لا يحتمل القسمة.

ولنا: أن الخلفاء الراشدين وغيرهم من الصحابة رضى الله تعالى عنهم شرطوا القسمة لصحة الهبة؛ ولأن القبض منصوب عليه فى الهبة، فيشترط وجوده على أكمل الوجوه، كما فى استقبال القبلة، لما كان منصوباً عليه يشترط وجوده على الكمال، حتى لو استقبل الحطيم لا تجوز صلاته مع أنه من البيت بالسنة، ولأننا لو اعتبرنا كمال القبض فيه لانسد باب الهبة فيه، وفيما يقسم لا ينسد. (الزيلعى بحذف)

وهو ما يبقى منتفعاً به قبل القسمة وبعدها
 فيما قُسم، فإن^(١) قسمه وسلمه صح^(٢).

وإن وهب^(٣) دقيقاً في بر لا، وإن طحن وسلم، وكذا

الدهن في السمس، والسمن في اللبن، وملك^(٤) بلا قبض

(٣) أى مجموع احتراز عن المتصل كالثمرة على الشجرة.

(٤) بأن لا يبقى منتفعاً به بعد القسمة كالبيت الصغير.

(١) قوله: "فإن" أى لو وهب مشاعاً يقسم، ثم قسمه وسلمه صح وملكه؛ لأن التمام بالقبض، وعنده لا شيوخ، فأفاد أنه لو قبض مشاعاً لا يملكه، فلا ينفذ تصرفه فيه؛ لأنها هبة فاسدة مالا، وهى مضمونة بالقبض، ولا نفيد الملك للموهوب له، وهو المختار، فلو باعه الموهوب له لا يصح، كذا فى "المبتغى" بالمعجمة.

وأفاد أنه لو دفع درهمين إلى رجل، وقال: أحدهما هبة لك، والآخر أمانة عندك، فهلكا جميعاً يضمن درهم الهبة، وهو فى الآخر أمين، كذا فى "فتاوى قاضى خان".

وأفاد أنه لو وهب نصف الدار من رجل فسلم، ثم وهب النصف الباقي لذلك الرجل، فسلم جميع الدار منه جملة يجوز، وأفاد أنه لو وهب نصف الدار لرجل فسلم، ثم وهب النصف الباقي لذلك الرجل فسلم، فكلا العقدین فاسد، كما صرح به الإسيبجاني، وبما ذكره هذا علم أن قوله: تصح فى معجوز. (مفرغ - ط)

معناه أنها تملك بهذا الشروط؛ لا أن الصحة متوقفة على القسمة؛ لأنه لو وهب شائعاً، يقسم تصح الهبة من غير ملك، ولهذا لو قبضه مقسوماً ملكه، ولو كان شرطاً للصحة لاحتيج إلى تجديد العقد، كما لا يخفى. (البحر)

(٢) لأن تمامه بالقبض، وعنده لا شيوخ.

(٣) قوله: "إن وهب" أى لو وهب الدقيق فى الحنطة لا تجوز الهبة، ولو طحنه وسلم الدقيق لا تعود صحيحة، وكذا الدهن... إلخ؛ لأن الموهوب معدوم، ولهذا لو استخرجه الغاصب ملكه، والمعدوم ليس بمحل للملك، فلا يمكن تملكه بالعقد، فوقع باطلاً، فلا يملك إلا بعقد جديد، وهذا لأن الحنطة استحالت، وصار دقيقاً، وكذا غيرها، وبعد الاستحالة هو عين أخرى على ما عرف فى الغصب، بخلاف المشاع؛ لأنه محل للملك إلا أنه لا يمكن تسليمه، فإذا زال المانع جاز، وإنما جازت الوصية بها لأن الوصية بالمعدوم جائزة. (الزيلعى)

(٤) قوله: "وملك" يعنى لو كانت العين الموهوبة فى يد الموهوب له، ملكها الموهوب له بمجرد العقد، وإن لم يجد فيها قبضاً؛ لأن القبض ثابت فيها، وهو الشرط سواء كانت فى يده؛ لأنه مضمونة؛ لأن قبض الأمانة ينوب عن مثله، لا عن المضمون، والمضمون ينوب عنهما. والأصل فيه أنه متى تجانس القبضان، ناب أحدهما عن الآخر لاتحادهما جنساً، وإذا اختلفا ناب

جديد ولو في يد الموهوب له، وهبة الأب لطفله تتم^(١) بال عقد،
 وهو الأب، ثم وصيه، والجد ثم وصيه
 وإن وهب له أجنبي تتم بقبض وليه وأمه.

وأجنبي لو^(٢) في حجرهما، وبقبضه^(٣) إن عقل، ولو
 وهب اثنان داراً لواحد صح^(٤) لا^(٥) عكسه، وصح تصدق

الأقوى عن الأضعف، دون العكس؛ لأن في الأقوى مثل الأدنى وزيادة، وليس في الأدنى ما في الأقوى، فلا ينوب عنه، وهذا إذا كان الموهوب في يده مضموناً كالمغصوب والمرهون، والمقبوض على سوم الشراء لا إشكال فيه؛ لأن المقبوض في يده حقيقة وحكماً، فيبرأ عن الضمان بمجرد قبول الهبة، وكذا إذا كان في يده عارية أو إجارة؛ لأنه قبضها لنفسه، ويده ثابتة فيه.

وأما إذا كانت في يده بطريق الوديعة فمشكل؛ لأن يده يد المالك؛ لأنه نائب عنه في الحفظ، وقبضه لأجل المالك، فكيف ينوب هذا، كما لو وهبه وهو في يد الواهب، لكن للمودع يد حقيقة، فباعتبارها نزل قابضاً؛ لأننا أقمنا يده مقام يد المالك حكماً ما دام عاملاً له، وبعد الهبة ليس بعامل له، فتعتبر الحقيقة. (الزيلعي)

(١) قوله: "تتم" بقبض وليه، أي أبيه؛ لأنه يملك عليه الدائر بين النافع والضار، فالأولى أن يملك النافع، أو من يقوم مقامه، وهو وصي الأب، أو جد اليتيم، أو وصيته؛ لأن لهؤلاء ولاية عليه، وأمه؛ لأن لها الولاية فيما يرجع إلى حفظه، وحفظ ماله، وهذا من بابه؛ لأنه لا يبقى إلا بالمال، فلا بد من ولاية تحصيل النافع، وأجنبي كالمثلث؛ لأن له عليه يداً معتبراً، ولذا لا يتمكن أجنبي آخر أن يتزعه من يده، فيملك ما يتمحض نفعاً. (الكشف)

(٢) قوله: "لو" قيد بكون الطفل في حجر أمه، أو الأجنبي، فإنه لو لم يكن في حجرهما لا تتم بقبضه، وإن كان ذا رحم محرم منه؛ لفوات الولاية. (عز)

(٣) قوله: "وبقبضه" أي تتم هبة الأجنبي للصغير بقبض الصغير إن كان عاقلاً؛ لأنه نافع في حقه، وهو من أهله، والمراد من العقل هنا أن يكون مميزاً يعقل التحصيل. أطلق المصنف رحمه الله، فشمّل ما إذا كان الأب حياً أو ميتاً، وأشار إلى أنه كما يتم بقبضه يصح رده، وقيد بالهبة؛ لأن المديون لو دفع ما عليه للصبي، ومستأجره لو دفع الأجرة إليه، لا يصح، وأفاد أنه تصح الهبة للصغير الذي لا يعقل بقبضه وليه. (بحر بحذف)

(٤) قوله: "صح" لأنهما سلماه جملة، وهو قد قبضها منهما جملة، فلا شيوخ، والحاصل أن المؤثر هو الشيوخ عند القبض، لا عند العقد، فلو وهب الكل، وسلم النصف لا يصح، ولو وهب النصف ثم النصف، ثم سلم الكل صح. (الكشف)

(٥) قوله: "لا" أي لا يجوز عكسه، وهو أن يهب واحد من اثنين كبيرين، ولم يبين نصيب كل

دراهم على فقيرين

أى لا يصح تصديقها وهبتها

عشرة وهبتها لفقيرين لا^(١) لغنيين.باب^(٢) الرجوع في الهبة

الآتى مع انتفاء ماله، وإن كره تحريصاً، وقيل: تنزيهاً.

صح^(٣) الرجوع فيها، ومنع^(٤) الرجوع دمع خزقه،

واحد منهما بدليل أنه لو قبل أحدهما فيما لا يقسم صحت في حصته دون الآخر، فعلم أنهما عقدان، بخلاف البيع، فإنه لو قبل أحدهما فإنه لا يصح؛ لأنه عقد واحد.

وقالا: يجوز نظراً إلى أنه عقد واحد، فلا شيوخ، قيد بالهبة؛ لأن الرهن من رجلين، والإجارة من اثنين جائز اتفاقاً، وقيد بكون الواهب واحداً؛ لأن الواهب لو كان اثنين، والموهوب له كذلك على أن يكون نصيب أحدهما لأحدهما بعينه، ونصيب الآخر للآخر، لا يجوز اتفاقاً، كذا في "النهاية".

وقيدنا بكون الموهوب لهما كبيرين؛ لأنه لو وهب داراً من اثنين أحدهما صغير، والآخر كبير، والصغير في عياله، لم تجز الهبة اتفاقاً؛ لأنه حين وهب صار قابضاً حصة الصغير، فبقى النصف الآخر شائعاً، كذا في "المحيط"، وقيدنا بعدم البيان لأنه لو بين بأن قال: لهذا ثلثها، ولهذا ثلثها، أو لهذا نصفها، ولهذا نصفها، لا يجوز عند أبى حنيفة وأبى يوسف، وإن قبضه، وقال محمد: يجوز إن قبضه.

وقيدنا بالدار، ومراده منها ما يحتمل القسمة؛ لأن ما لا يحتملها كالبيت يجوز اتفاقاً، وقيد بكون الموهوب له اثنين؛ لأنه لو كان واحداً، فوكل اثنين قبضها فقبضاها جاز. (بحر)

(١) قوله: "لا" أى لو تصدق بعشرة دراهم على فقيرين، أو وهبها لهما جاز، ولا يجوز التصديق على غنيين، ولا هبتها لهما، والفرق أن الصدقة يتغى بها وجه الله تعالى، وهو واحد، والفقير نائب عنه، ولا كذلك الهبة، فتكون تمليكاً من اثنين، فلا يجوز. (الزيلعى بحذف)

(٢) قوله: "باب" قال في "البحر": لا يخفى حسن تأخيرها، ودخل في الهبة الهدايا، فإن للمهدى الرجوع، كما في الهبة وغيرها، وأخرج بالهبة الصدقة أى للفقير، فإنه لا يصح الرجوع فيها؛ لأن القصد بها الثواب، وقد حصل، والمراد بالهبة ما كان هبة لغنى، فلو كانت لفقير، فلا رجوع لأنها صدقة.

والمراد بالهبة الموهوب؛ لأن الرجوع إنما يكون في الأعيان لا الأقوال، ودخل فيها ما إذا وهب ديناً له لغير مديونه، وسلطه على قبضه، فقبل وقبض؛ لأن الهبة هنا تمليك لا إسقاط، بخلاف الهبة ممن هو عليه، فلا رجوع فيها؛ لأنها إسقاط، والساقط لا يعود، ويصح الرجوع فيها كلا وبعضاً. (الطحاوى بحذف)

(٣) قوله: "صح" أى يصح لمن وهب هبة لأجنبى الرجوع عنهما بتراضى، أو حكم قاضى، لكن بكرة، وقال مالك والشافعى وأحمد فى ظاهر مذهبه: لا يصح الرجوع فى الهبة إلا للوالد فيما وهب لولده.

لهم ما روى أصحاب السنن الأربعة، وقال الترمذى: حديث حسن، عن ابن عباس وابن عمر أن

شروع بالقاء التفصيلية فيما أجمله سبقاً.

فالدال^(١) الزيادة المتصلة^(٢)، كالغرس والبناء والسمن،

النبى ﷺ قال: «لا يحل لرجل أن يعطى العطية ثم يرجع فيها إلا الوالد فيما يعطى لولده ومثل الذى يعطى العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب يأكل فإذا شيع قاء ثم عاد فى قيئه».

وما رواه الجماعة إلا الترمذى من حديث أبى هريرة وابن عباس أن النبى ﷺ قال: العائد فى هبته كالعائد فى قيئه، وعنه أيضاً: العائد فى هبته كالكلب يعود فى قيئه، ولأنها عقد تمليك، فيلزم كالبيع، وإنما ثبت حق الرجوع للوالد؛ لأن إخراجها عن ملكه لم يتم؛ لأن الولد من كسب الواد.

ولنا ما روى ابن ماجه من حديث أبى هريرة أن النبى ﷺ قال: «الرجل أحق بهبته ما لم يثب منها»، أى لم يعوض عنها.

وأخرجه الدارقطنى فى "سننه": وابن أبى شيبه فى "مصنفه"، وما رواه الحاكم فى "مستدرکه" من حديث ابن عمر قال: صحيح على شرط الشيخين، ورواه الطبرانى فى "معجمه" من حديث ابن عباس، ولفظه أن النبى ﷺ قال: من وهب هبة فهو أحق بهبته ما لم يثب منها، فإن رجع فى هبته، فهو كالذى يقى ثم يأكل قيئه.

وما روى عبد الرزاق فى "مصنفه": عن سفيان عن منصور عن إبراهيم قال: قال عمر: من وهب هبة لذى رحم، فليس له أن يرجع فيها، ومن وهب لغير ذى رحم فله أن يرجع فيها إلا أن يثاب منها. وأجيب عما رواه بأن المراد نفى للاستبداد بالرجوع، أى لا ينفرد أحد بالرجوع فى هبة من غير قاضى، ولا تراض إلا الوالد إذا احتاج إلى ذلك، فإنه ينفرد بالأخذ لحاجته، ويسمى ذلك رجوعاً باعتبار الظاهر، وإن لم يكن رجوعاً فى الحكم.

أو المراد لا يحل له الرجوع ديانة ومروءة؛ لأنه يحل اقتضاء وحكومة، كقوله عليه السلام: «لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبيت شبعان وجاره إلى جنبه طائياً»، أى لا يليق ذلك ديانة ومروءة، وإن كان جائزاً قضاء وحكومة.

ولأن التشبيه بالكلب لاستقباح المرجوع واستقذاره، لا لحرمة، ويؤيد ذلك ما روى البخارى أن ابن عمر لما سأل رسول الله ﷺ عن شراء فرس حمل عليه فى سبيل الله قال عليه السلام: «لا تبتعه ولا تعد فى صدقتك»، فإن العائد فى صدقة كالكلب يعود فى قيئه، فلما لم يكن التشبيه بالكلب موجباً لحرمة ابتياع ما تصدق به، لم يكن التشبيه بالكلب موجباً لحرمة الرجوع فى الهبة.

وشرطنا فى صحة الرجوع تراضيهما، أو حكم القاضى؛ لأنه لو استردها بغير ذلك، كان غاصباً، حتى لو هلك فى يده يضمن قيمتها للموهوب. (شرح النقاية)

(٤) قوله: "ومنع" يعنى الموانع للرجوع فى الهبة أشياء يجمعها هذه الحروف على ما بينها أخذها هو من بيت شعر قيل فيه، وهو قوله:

ومانع عن الرجوع فى الهبة يا صاحبي حروف دمع خزقه

(الزيلعى)

(١) قوله: "فالدال" أى حروف الدال إشارة إلى أن الزيادة المتصلة تمنع ولو زالت قبل الرجوع، كما إذا شب الصغير ثم شاخ؛ لأنه لا وجه إلى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الإمكان، ولا مع الزيادة

تفسير لقوله: والعين العوض

والميم^(١) موت أحد المتعاقدين، والعين^(٢) العوض.

أى أو قال: خذه بمقابلتها

الموهوب له أى هذا الشيء

فإن قال: خذه عوض هبتك، أو بدلها، أو بمقابلتها،

وسقط حق الواهب فى الرجوع إذا قبضه

لما رويناه

فقبضه الواهب، سقط الرجوع، وصح عن أجنبى،

أى بعكس الحكم المذكور.

الموهوب له على الواهب

وإن^(٣) استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض، وبعكسه^(٤)

لعدم دخولها تحت العقد.

فيد بالزياة لأن النقصان كالحبل، وقطع الثوب بفعل الموهوب له أولاً غير مانع، وقيد بالمتصلة؛ لأن المنفصلة كالولد والأرض والعقر غير مانع من الرجوع فى الأصل، والزياة للموهوب له، بخلاف الرد بالعيب، حيث يتمتع بزيادة الولد (بحر)

(٢) أى غرس الشجر فى الأرض الموهوبة.

(١) قوله: "والميم" يعنى حرف الميم إشارة إلى أن موت أحدهما مانع إذا كان بعد التسليم؛ لأن بموت الموهوب له ينتقل الملك إلى ورثته، وهم لم يستفيدوه من جهة الواهب، فلا يرجع إليهم، كما إذا انتقل إليهم فى حال حياة، ولأن تبدل الملك كتبدل العين، فصار كعين أخرى، فلا يكون له فيها سبيل. وموت الواهب يبطل خياره؛ لأنه وصف له، وهو لا يورث كخيار الرؤية والشرط على ما بيناه فى البيوع، أو هو مجرد حق، وهو أيضاً لا يورث، بخلاف خيار العيب وخيار التعيين على ما عرف فى موضعه، فبدنا بكونه بعد التسليم؛ لأنه لو مات أحدهما قبله بطلت لعدم المالك رحمه الله تعالى. (البحر والزيلعى)

(٢) قوله: "والعين" أى حرف العين إشارة إلى أن قبول الواهب العوض من الموهوب له مانع، ولا بد أن يذكر لفظاً يعلم الواهب منه أن ذلك عوض هبة، كأن يقول: هذا عوض هبتك، أو جزاءها، أو بدلها، أو فى مقابلتها، ولو كان العوض من أجنبى؛ لأنه إسقاط حق الرجوع فى الشرع، فيصح من الأجنبى، كبذل الخلع، وأما لو لم يضاف العوض إلى الهبة، بأن وهب للواهب شيئاً، ولم يقل: هذا عوض هبتك، أو نحوه، كان ذلك هبة مبتدأة لا تعويضاً، فكان لكل واحد منهما الرجوع. (عز)

(٣) قوله: "وإن" أى لو عوض الموهوب له، فاستحق نصف الهبة، رجع بنصف العوض؛ لأن نصف العوض عوض نصف الهبة، فلما لم يسلم له نصف الهبة يرجع بنصف العوض، كما فى البيع. (المجمع)

(٤) قوله: "وبعكسه" أى إذا استحق بعكسه، وهو ما استحق نصف العوض، لا يرجع بشيء حتى يرد ما بقى من العوض؛ لأن العوض ليس ببذل حقيقة، بدليل أنه يجوز أن يعوضه أقل من جنسه فى المقدرات، ولو كان معاوضة لما جاز للربا، وإنما أعطاه ليسقط حقه فى الرجوع، كما مرّ آنفاً، إلا أنه لم يرض بسقوط حقه إلا بسلامة كل العوض، فإذا لم يسلم له كله، كان له الخيار، إن شاء رضى بما بقى

أى لا يرجع الواهب بشئ، من العوض من الهبة الواهب
لا، حتى يرد ما بقى، ولو^(١) عوض النصف رجع بما لم
الموهوب له يعوض.

بسبب من أسباب الملك كالبيع والهبة
والخاء^(٢) خروج الهبة من ملك الموهوب له، وبيع^(٣)
الواهب الباقي من الهبة
نصفها رجع فى النصف، كعدم بيع شئ، والزاء^(٤) الزوجية،
فى هبة يعنى يجوز له الرجوع
فلو^(٥) وهب ثم نكحها رجع، وبالعكس لا^(٦)، والقاف^(٧)

من العوض، وإن شاء رد الباقي عليه، ويرجع فى الهبة، خلافاً لفر، إذ عنده يرجع بالنصف اعتباراً بالموهوب له. (زيلعى ومجمع)

(١) قوله: "ولو" يعنى إذا عوضه عن نصف الموهوب كان له أن يرجع فى النصف الآخر، لأن حقه فى الرجوع، كان فى الكل، فإذا عوضه عن بعضه امتنع الرجوع فى حقه، وبقي حقه فى الباقي على ما كان. (الزيلعى)

(٢) قوله: "والخاء" أى حرف الخاء إشارة إلى أن خروج الهبة من ملك الموهوب له ببيع أو هبة، أو وقف مانع من موانع الرجوع فى الهبة، لأن تبدل الملك كتبدل العين، وقد تبدل الملك بتجدد السبب. (شرح مع زيادة)

(٣) قوله: "وبيع" يعنى إذا بيع نصف الهبة يرجع فى النصف الباقي، كأن لم يبيع منه شئ، فإنه إذا لم يبيع منها شئ كان له أن يرجع فى النصف، ويترك النصف، لأن له حق الرجوع فى الكل، فله أن يستوفيه إن شاء، وإن شاء استوفى نصفه.

وكذا له أن يترك الكل إن شاء، وإن شاء ترك النصف، فكذا إذا بيع نصفها له أن يأخذ نصفها الباقي، لكن المانع لم يوجد إلا فى النصف، فيتقدر الامتناع بقدره، بل أولى؛ لأنه لم جاز الرجوع فى النصف مع إمكان الرجوع فى الكل، فأولى أن يجوز عند العجز. (ز)

(٤) قوله: "والزاء" أى حرف الزاى إشارة إلى أن الزوجية وقت الهبة مانعة من الرجوع فيها؛ لأن هبة أحد الزوجين للآخر تحقق ما بينهما من الألفة والمودة، فكان المقصود منها الصلة، وقد قيد بوقت الهبة؛ لأنه لو تزوجها بعد ما وهب لها، كان له الرجوع، ولو تزوجها بعد ما وهبت له، كان لها الرجوع، ولو وهب لزوجته، أو وهبت له، ثم أبانها فليس له ولا لها الرجوع. (عز)

(٥) قوله: "فلو" أى لو وهب الأجنبية، ثم تزوجها، يجوز له الرجوع، وبالعكس، وهو ما إذا وهب لزوجته، ثم أبانها، ليس له الرجوع فى الهبة، الأصل فيه أن الزوجية نظير القرابة، حتى يعجز التوارث بينهما بلا حاجب، وترد شهادة كل واحد منهما للآخر، فيكون المقصود فى هبة كل واحد منهما للآخر الصلة والتواد، دون العوض، كما فى القرابة المحرمية، وقد حصل فلا يرجع بعد حصول

أى فى الهبة

القراءة، فلو وهب ذى رحم محرم منه، لا^(١) يرجع فيها،

أى لو ادعى الموهوب له هلاك الموهوب

والهاء^(٢) الهلاك، فلو ادعاه صدق، وإنما^(٣) يصح الرجوع

عند الموهوب له

أى الواهب والموهوب له

بتراضيهما، أو بحكم^(٤) الحاكم، فإن تلفت الموهوبة واستحقها

قيمتها للمستحق

مستحق، وضمن الموهوب له، لم يرجع^(٥) على الواهب بما

المقصود، بخلاف الهبة للأجنبي؛ لأن المقصود فيها العوض على ما بينا، فكان له الرجوع عند فواته.
(الزيلعى)

(٦) أى عكس الحكم المذكور بأن وهب لزوجته، ثم أبانها لا يرجع.

(٧) قوله: "والقاف" أى حرف القاف إشارة إلى أن القراءة مانعة من موانع الرجوع فى الهبة، لما روى الدارقطنى والبيهقى فى سننهما، والحاكم فى "مستدركه"، وقال: صحيح على شرط البخارى ومسلم، ولم يخرجاه عن عبد الله بن جعفر بن المبارك عن حماد بن صلة عن قتادة عن الحسن عن سمرة أن النبى ﷺ قال: «إذا كانت الهبة لذى رحم محرم لم يرجع فيها»، وقال الإمام: رواة هذا الحديث كلهم ثقات، ولأن المقصود منها مع القريب المحرم صلة، وقد حصل، وفى الرجوع قطعها، فلا يرجع.
(عز)

(١) قوله: "لا" وإن وهب لمحرم بلا رحم، كأخيه من الرضاع، وأمهات النساء، والربائب، وأزواج البنين والبنات، لا يمنع الرجوع، وقيد بالمحرم؛ لأن الرحم بلا محرم، كابن عمه، لا يمنع الرجوع. (المجمع)

(٢) قوله: "والهاء" أى حرف الهاء إشارة إلى أن هلاك الموهوب من موانع الرجوع؛ لأن الرجوع فى شئ يستدعى قيام المرجوع فيه، وهلاكه ينفيه، ولو ادعى الموهوب له هلاكه، صدق بلا حلف؛ لأنه منكر لوجوب الرد عليه، فأشبه المودع. (شرح النقاية مع زيادة)

(٣) قوله: "وإنما" أى ولا يصح الرجوع عن هبة إلا بتراضى الطرفين، أو حكم قاض بالرجوع لولايته على العامة، ولولايتهما على أنفسهما، كالرد بالعيب بعد القبض، إذ فى حصول المقصود وعدمه قضاء؛ لأن من الجائز أن يكون المراد الثواب، والتحبب، وعلى هذا لا يرجع الحصول المرام، ومن الجائز أن يكون المراد العوض، وعلى هذا يرجع، فلا بد من الإلزام والقضاء. (المجمع)

(٤) فلو كانت عبداً، فباعه الموهوب له قبل القضاء للواهب، نفذ بيعه، ولو منعه بعد الرجوع قبل القضاء، فهلك لا يضمن. (طائى)

(٥) قوله: "لم يرجع" لأن العقد تبرع، وهو غير عامل له، فلا يستحق السلامة، ولا يثبت به الغرور، بخلاف الوديعة؛ لأن المودع عامل له، وبخلاف المعاوضات؛ لأن عقد المعاوضة يقتضى

المعين أى فى ابتداء العقد نتيجة ما قبلها من الكلام
 ضمن، والهبة^(١) بشرط العوض هبة ابتداء، فيشترط التقابض
 حتى لو تقابضا صح العقد اعتباراً بالبيع
 فى العوضين، وتبطل بالشيوع^(٢)، بيع انتهاء، فيرد بالعيب،
 إذا كان أحد العوضين عقاراً
 وخيار الرؤية، وتؤخذ بالشفعة.

فصل^(٣)

الموهوب له أى على الواهب
 ومن وهب أمة إلا حملها، أو^(٤) على أن يردّها عليه، أو

السلامة، والإعارة كالهبة هنا، كما فى "التنوير". (المجمع)

(١) قوله: "والهبة" أى الهبة إذا كانت بشرط العوض، ففى ابتداء العقد هبة، فتجرى فيها أحكام الهبة من اشتراط التقابض فى المجلس أو بعده بإذنه، وبطلانها إذا كانت هبة مشاع، وفى انتهاء العقد بعد التقابض بيع، فتأخذ أحكام البيع من جواز الرد إذا كانت العين الموهوبة معيبة، وخيار الرؤية، وأخذ الشفع إياها فى شفعة لو كان أحد العوضين عقاراً، وأنكر زفر والشافعى كونها هبة ومالا إلى أنها بيع ابتداء، لأن فيها معنى البيع، وهو التمليك بعوض، والعبرة فى العقود للمعانى، ولذا كان بيع العبد من نفسه إعتاقاً.

ولنا أنها ذات جهتين، فإن اللفظ لفظ الهبة، فهى هبة، والمعنى معنى التمليك بعوض، فهى بيع، فيجمع بينهما ما أمكن عملاً بالشبهين وقد أمكن؛ لأن الهبة من حكمها تأخر الملك إلى القبض، وقد لا يتأخر، كما إذا كانت الهبة فى يد الموهوب له، وقد تراخى عن البيع الفاسد، والبيع من حكمه اللزوم - قد لا يكون لازماً كالبيع بشرط الخيار - وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض بينهما، فاندفع ما قبل تعذر الجمع لتنافى العقدتين لتنافى لازميتهما، فإن لازم البيع اللزوم، وترتب الحكم عليه بلا فصل، والهبة على عكسه، فإن المستحيل جمع المتنافيين فى حالة واحدة، وقد اختلفت الحالة بالابتداء والانتهاء (عز)

(٢) فإن وهب شقصاً مشاعاً بشرط العوض لا يجوز.

(٣) قوله: "فصل" مسائل هذا الفصل بمنزلة مسائل شتى تذكر فى آخر الكتب، فلأجل هذا ذكرها فى آخر كتاب الهبة فى فصل على حدة. (الشلبى)

(٤) قوله: "أو" قال فى التبيين فيه إشكال، فإنه أراد به الهبة بشرط العوض، فهى والشرط جائزان، فلا يستقيم قوله: بطل الشرط، وإن أراد به يعوضه عنها شيئاً من العين الموهوبة، فهو تكرار محض؛ لأنه ذكره بقوله: على أن يرد عليه شيئاً منها، فأجاب كل بما عنده، فقال "قارئ الهداية": ومن حظه نقلت.

قلت: لا إشكال؛ لأنه أراد لا فرق بين العبارتين فى أن كل واحد منهما لا يفسد، أى سواء عبر بهذا

أى على الواهب
يعتقها، أو يستولدها، أو داراً على أن يرد عليه شيئاً منها، أو
أى الموهوب له الواهب فى الوجوه كلها فى الصورة الأولى فى الباقي
يعوضه شيئاً منها، صحت^(١) الهبة، وبطل الاستثناء والشرط.

ومن قال لمديونه: إذا جاء غد فهو لك، أو أنت برىء منه،
أى أو قال لمديونه: إن... إلخ أى نصف الدين
وإن أديت إلى نصفه فلك نصفه، أو أنت برىء من النصف

أى قوله: هذا كله
الباقي، فهو باطل^(٢)، وصح^(٣) العمرى^(٤) للمعمر حال حياته،
بفتح الميم الثانية: وهو الموهوب له
أو بهذا، وقال الرازى رحمه الله: لا تكرار فيه؛ لأن الأول هبة بشرط الفسخ؛ لأن الرد دليل الرجوع،
والثانى هبة شىء بشرط كون شىء عوضاً عن نفسه.

وقال فى "الكشف": كلمة من الثانية بمعنى عن صلة يعوضه، فإنما بطل الشرط مع أن الهبة بشرط
العوض صحيح مع شرطها؛ لأن العوض مجهول، بخلاف كلمة من الأولى، فإنها للتبويض، فيكون
المردود جزء من الدار، فلا تكرار فى كلام المصنف.

وقال العلامة العيني: قلت لا يلزم التكرار أصلاً؛ لأن قوله على أن يرد عليه شيئاً منها لا يستلزم أن
يكون عوضاً؛ لأن قوله: على أن يرد عليه شيئاً منها لا يستلزم أن يكون عوضاً؛ لأن كونه عوضاً إنما هو
بألفاظ مخصوصة، فيجوز أن يكون ردّاً، ولا يكون عوضاً لعدم الاستلزام، وأما قوله: أو يعوضه شيئاً
منها، فصريح بالعوض، ولا شك أنهما متغايران. (عز)

(١) قوله: "صحت" لأن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة، ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام
أجاز العمرى وأبطل الشروط، وهذه كلها شروط فاسدة، أما فى غير استثناء الحمل، فظاهر، وأما فى
استثناء الحمل فلأن الاستثناء صرف لفظى لا يعمل إلا فيما تناوله اللفظ، والحمل لم يدخل تحت اللفظ،
وإنما هو وصف للجارية، فكان تبعاً لها، فلا يصح استثناءه على ما بينا فى الإقرار، فانقلب شرطاً
فاسداً، وهو لا يؤثر فى الهبة، فيصح، ويدخل الحمل تبعاً لها، وهذا هو الحكم فى كل معاوضة مال
بغير مال، كالنكاح والخلع. (الزيلعى)

(٢) قوله: "باطل" لأن الإبراء تمليك من وجه (ولذا يرد بالرد؛ ولأن الدين مال من وجه
لوجوب الزكاة فيه) والإسقاط من وجه، ولذا لا يحتاج إلى القبول؛ ولأن الدين وصف من وجه، فلا
يحتث من حلف أنه لا مال له) وهبة الدين ممن عليه إبراء، والتعليق بالشرط يختص بالإسقاطات
المختصة التى بحلف بها، كالطلاق، والعتاق، فلا يتعدها. (الكشف مع تغيير وتصرف)

(٣) قوله: "وصح" وبهذا قال الشافعى فى الجديد وأحمد، وهو قول ابن عباس وابن عمر،
وروى عن على وشريح ومجاهد وطاوس والثورى، وقال مالك رحمه الله والليث والشافعى فى
القديم: العمرى قلبك المنافع دون العين، فيكون للمعمر له السكنى، فإذا مات ردت إلى المعمر؛ لأنها
عارية مؤقتة، وإن قال له، ولتلقبه كان سكنها لهم، فإذا انقرضوا عادت إلى المعمر؛ لأن هذا تمليك

أى مدة عمره

إشارة إلى تفسير العمرى

ولورثته بعده، وهى أن يجعل داره له عمره،

أى على المعمر كسائر الميم وهو الأهل تصح ^و إشارة إلى تفسير الرقبى ^و فإن مات قبلى، فهى لى
فإذا مات ترد عليه، لا الرقبى، أى إن مات قبلك فهو لك،

موقت، والتملك لا يتوقت.

ولما فى "صحيح مسلم": عن جابر قال: إنما العمرى التى أجاز رسول الله ﷺ أن يقول: "هى لك، ولعقبك، فأما إذا قال: "هى لك ما عشت، فإنها ترجع إلى صاحبها، قال معمر: كان الزهرى يفتى به، وعن ابن الأعرابى لم يختلف العرب فى العمرى والرقبى على أنها ملك أربابها، ومنافعها لمن جعلت له.

ولما ما روى الشيخان عن أبى سلمة عن جابر أن النبى ﷺ كان يقول: «العمرى لمن وهبت له»، وفيها عن أبى هريرة مرفوعاً: "العمرى جائزة"، وما روى مسلم عن أبى الزبير عن جابر، قال: أعمرت امرأة بالمدينة حائطاً لها ابناً لها، ثم توفى، وتوفيت بعده، وترك ولداً، وله إخوة وبنون للمعمرة، فقال: ولد المعمرة رجع الحائط إلينا، وقال بنو المعمر: بل كان لأبينا حياته وموته، فاخصموا إلى طارق مولى عثمان، فدعا جابراً، فشهد أن رسول الله ﷺ قضى بالعمرى لصاحبها، فقضى بذلك طارق، ثم كتب إلى عبد الملك، فأخبره بذلك، وأخبر بشهادة جابر، فقال عبد الملك: صدق جابر، فأمضى طارق ذلك الحائط لبنى المعمر حتى اليوم.

وما فى صحيح مسلم أيضاً عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها فإنه من أعمار عمرى فإنه للذى أعمارها حياً وميتاً ولعقبه».

وما فى "سنن أبى داود": عن عروة عن جابر أن النبى ﷺ قال: من أعمار عمرى فهى له، ولعقبه يرثها، ومن يرثها من عقبه، وفيها أيضاً عن طارق المكى عن جابر قال: "قضى رسول الله ﷺ فى امرأة من الأنصار، أعطاهما ابنها حقيقته من نخل، فماتت، فقال ابنها: إنما أعطيتها حياتها، وله إخوة، فقال النبى ﷺ: هى لها حياتها وموتها، قال: كنت تصدقت بها عينها، قال: ذلك أبعد لك منها"، قال ابن القطان: إسنادهم كلهم ثقات، وطارق المكى هو قاضى مكة مولى عثمان بن عفان، وهو ثقة.

قال أبو زرعة: ورواه أحمد بسند كل رجاله ثقات، وهو حدثنا روح حدثنا سفيان الثورى عن حميد بن قيس عن إبراهيم عن جابر أن رجلاً من الأنصار أعطى أمه حقيقته من نخل حياتها، فماتت وله إخوة، فقالوا: نحن فيه شركاء على السوء، فأبى فاخصموا إلى رسول الله ﷺ فقسما بينهم ميراثاً، وأما قول ابن الأعرابى أنها عند العرب تملك المنافع، فلا يضر؛ لأن الشارع نقلها إلى تملك الرقبة. (شرح النقاية)

(٤) قوله: "العمرى" هى -بالضم- اسم من الإعمار يقال: أعمارته الدار عمرى، أى جعلتها عليه ليسكنها مدة عمره، فإذا مات عادت إليه، وكانوا يفعلون ذلك فى الجاهلية، وفى الشريعة: جعل نحو داره للمعمر له مدة عمرة بشرط أن يردّها على المعمر، أو على ورثته إذا مات المعمر له، أو المعمر (الطحطاوى)

لأن كلا منهما تبرع تفريع على ما قبله بأن وهب الواحد، فلا يرد قول المصنف، صح تصدق عشرة
والصدقة كالهبة لا تصح إلا بالقبض، ولا^(١) في مشاع يحتمل
كسهم من الدار
القسمة، ولا^(٢) رجوع فيها.

(١) قوله: "ولا" أى لا تصح الرقبي عند أبي حنيفة ومحمد، وهو قول مالك، وهى أن يقول شخص لآخر: أرقبتك هذه الدار، وهى لك رقبى، أو وهى لك حياتك على أنى إن مت قبلك فهى لك، وإن مت قبلى فهى لى، وسمى بذلك؛ لأن كل واحد يرقب موت صاحبه، وقال أبو يوسف: يصح، وهو قول الشافعى وأحمد؛ لأنها تشتمل على شرط رد الدار بعد الموت، فيكون بمنزلة العمرى. ولنا فى "سنن أبى داود": عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «العمرى جائزة لأهلها والرقبى جائزة لأهلها»، وفيها عن زيد بن ثابت قال: قال رسول الله ﷺ: «من أ عمر شيئاً فهو لم عمره حياته ومماته ولا تراقبوا فمن أرقب شيئاً فهو سبيله».

وفى "سنن النسائى": عن ابن عباس مرفوعاً: «من أ عمر عمرى فهى لمن أ عمرها جائزة وفيها ومن أرقب رقبى فهو لمن أرقبها جائزة»، وفيها ابن ماجه عن ابن عمر مرفوعاً: «لا عمرى ولا رقبى فمن أ عمر شيئاً أو أرقبه فهو له حياته ومماته».

ولنا أنه تعليق التملك بالخطر وهو موت المملك، وذلك باطل، وإذا لم يصح عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله يكون عارية؛ لأن هذا العقد يتضمن إطلاق الانتفاع، وقد حكم الإتنافى شارح "الهداية" بصحة قول أبى يوسف؛ لما روينا من الأخبار. (شرح النقاية)

(٢) قوله: "ولا" لأن المقصود بها الثواب، وقد حصل بخلاف الهبة، فلا رجوع فى الهبة لفقر استحسنائاً؛ لأن المقصود بها الثواب دون العوض، إذ لو كان قصده العوض لاختار للهبة من يكون أقدر على أدائه.

ولما اختار الفقير من عجزه عن أدائه، فعرفنا أن مقصوده الثواب، وقد ناله، ولو تصدق على غنى لا يعود استحسنائاً، والقياس فيه أن يعود، وبه قال بعض أصحابنا؛ لأن الصدقة فى حق الغنى هبة؛ لأنها إنما يقصد ههنا العوض دون الثواب، كما أن الهبة فى حق الفقير صدقة؛ لأنها إنما يقصد ههنا الثواب دون العوض.

ووجه الاستحسان أن لفظ الصدقة مما يدل على أنه لم يقصد العوض، ومراعاة لفظه أولى من مراعاة حال التملك، ثم التصديق على الغنى قد يكون قرينة استحقاق بها الثواب لكونه غنيا يملك نصيباً، وله عيال كثيرة، والناس يتصدقون على مثل هذا لنيل الثواب، ألا ترى أن عند اشتباه الحال يتأدى الواجب من الزكاة بالتصدق عليه، ولا رجوع فيه بالاتفاق، فكذلك عند العلم بحاله لا يثبت له حق الرجوع عليه. (شرح النقاية)

كتاب (١) الإجارة (٢)

احتراز عن بيع عين جنساً وقدرًا كل شيء
 هي بيع منفعة (٣) معلومة بأجر معلوم (٤)، وما
 في البيع
 صح ثمننا صح (٥) أجرة (٦)، والمنفعة (٧) تعلم ببيان المدة،
 بأمور ثلاثة الأول

(١) قوله: "كتاب" قدم الهبة على الإجارة؛ لأنها تمليك العين، والعين مقدم على المنفعة؛ ولأن فيها عدم العوض، والعدم مقدم على الوجود، ووصله بفصل الصدقة؛ لأنهما يقعان لازمين. (الشلبى)

(٢) قوله: "الإجارة" هي لغة: اسم للأجر من أجر يأجر - بكسر الجيم وضمها - وهو العوض، قال الله تعالى: ﴿وَكُلُوا شَيْئًا لَّاتَّخَذَتْ عَلَيْهِ أَجْرًا﴾ وسمى الثواب أجرًا لأنه سبحانه عوض العبد. وشرعًا: بينه الشيخ، والقياس يأبى جوازه؛ لأن المعقود عليه، وهو المنفعة معدوم، وإضافة التملك إلى ما يوجد لا تصح، لكننا جاوزناه لحاجة الناس بإقامة العين مقام المنفعة في حق إضافة العقد، وقد شهدت الآثار بصحتها، قال عليه الصلاة والسلام: «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه»، وقال عليه السلام: «من استأجر فليعلمه أجره»، وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث والمنفعة. (شرح النقاية والكشف)

(٣) أى مقصوده من العين حتى لو استأجر ثياباً أو نحوها للتجمل لا للاستعمال، فالإجارة فاسدة، ولا أجر له؛ لأنها غير مقصودة من العين.

(٤) لما روينا، وأن جهالة البدلين تفضى إلى منازعة، مالى ونفع من غير جنس المعقود عليه قدرًا وصفة؛ لأن جهالتهما تفضى إلى المنازعة.

(٥) قوله: "صح" فإن كانت الأجرة عين جاز؛ لأن كل عين جاز أن يكون أجره، كما جاز أن يكون بدلًا فى بيع، وإن كان موصوفًا فى الذمة يجوز أيضًا كل ما جاز أن يكون ثمنًا، أو مبيعًا فى الذمة، كالمقدرات والمذروعات، وما لا فلا، وقوله: وما صح ثمنًا صح أجرة لا ينافى العكس حتى صح أجرة ما لا يصح ثمنًا، كالمنفعة، فإنها لا تصلح أجرة إذا كانت مختلفة الجنس كالاستئجار سكنى الدار بزراعة الأرض، وإن اتحد جنسهما لا يجوز، كاستئجار الدار بسكنى الدار، وكأشجار الأرض للزراعة بزراعة أرض أخرى. (ع)

(٦) لأن الأجرة ثمن المنفعة، فتعتبر بثمن المبيع.

(٧) قوله: "والمنفعة" شروع فى بيان كون المنفعة معلومًا، فإن كون الأجر معلومًا ظاهر، فقال: إنما تعلم المنفعة بأحد أمور ثلاثة: بين مدة المنفعة طال أو قصرت؛ لأن المدة إذا كانت معلومة كان قدر المنفعة، لا تتفاوت كالدور للسكنى، والأرض للزراعة، وفى الوقف يتبع شرط الواقف؛ لأنه كنص

أى كمن استأجر داراً للسكنى، أو أرضاً للزراعة

كالسكنى والزراعة، فتصح على مدة معلومة أى مدة

كانت، ولم تُزد في الأوقاف^(١) على ثلاث سنين، أو

أى أو تعلم المنفعة إلا بالتسمية، وهو الأمر الثانى

بالتسمية، كالاستئجار على صبغ الثوب، وخياطته، أو

أى أو تعلم المنفعة بالإشارة، وهو الأمر الثالث

أى موضع عينه

بالإشارة كالاستئجار على نقل هذا الطعام إلى كذا،

أى بنفس العقد

فمن الإجارة

والأجرة^(٢) لا تُملك بالعقد، بل بالتعجيل، أو بشرطه، أو

الشارع فى وجوب الاتباع، فإن لم يشترط الواقف فى إجارة مدة بل سكت عنها، فالفتوى أن لا يزداد فى إجارة الأراضى على ثلاث سنين، وفى إجارة غيرها، أى غير الأراضى أن لا يزداد على سنته واحدة كيلا يدعى المستأجر ملكها، وهو المختار، كما فى "الهداية"، وقد وافق الصدر الشهيد بعدم الزيادة على ثلاث سنين فى الضياع، وعلى سنة واحدة فى غيرها، إلا إذا كانت المصلحة فى غيره فى "المحيط"، وهو المختار للفتوى.

تسمية العمل كصبغ ثوب أحمر أو أصفر، أو خياطة قبا، أو نحوه، أو حمل قدر معلوم مسافة معلومة إذا بين الثوب ولون الصبغ، وقدره وجنس الخياطة، والمحمول إذ بذلك تصير المنفعة معلومة، الإشارة كنقل هذا الطعام إلى ثمة إلى ذلك المقام؛ لأنه إذا رأى ما ينقله، وعلم الموضع الذى ينقل إليه، كانت المنفعة معلومة، فيصح العقد (عز)

(١) أى لا يجوز أن تزداد مدة الإجارة فى الأوقاف على ثلاث سنين.

(٢) قوله: "والأجرة" أى لا تملك الأجرة بنفس العقد، سواء كانت الأجرة عيناً أو ديناً، وإنما تملك بالتعجيل، أو بشرط التعجيل، أو باستيفاء المعقود عليه، وهى المنفعة، أو بالتمكين من الاستيفاء بتسليم العين المستأجرة فى المدة.

أما الأول: فلأن حكم العقد يظهر عند وجود المنفعة، وهى معدومة عند العقد، ولذا يقام العين مقام المنفعة فى حق إضافة العقد إلى المنفعة، كما يقام السفر مقام المشقة، فتجب الأجرة مؤجلاً موقتاً على أحد الأمور، وأما الثانى والثالث: فلأن امتناع ثبوت الملك بنفس العقد لتحقيق المساواة، فإذا عجل أو شرط التعجيل، فقد أبطل المساواة التى هى حقه، بخلاف الإجارة المضافة بشرط تعجيل الأجرة، فإن الشرط باطل لا امتناع ثبوت الملك من البديل، للتصريح بالإضافة إلى وقت فى المستقبل، والمضاف إلى وقت لا يكون موجوداً قبله، ولا يتغير هذا المعنى.

وأما الرابع فلتحقق المساواة بينهما، إذ العقد عقد معاوضة، وأما الخامس لإقامة التمكين من الشئ مقام ذلك الشئ، هذا إذا كانت الإجارة صحيحة، أما إذا كانت فاسدة لا يجب شئ بمجرد التمكين من استيفاء المنفعة إلا بحقيقة الانتفاع. (الزيلعى والمجمع بتغير وتصرف)

بتسليم العين المستأجر في المدة العين المستأجر أى من المستأجر
 بالاستيفاء^(١)، أو بالتمكن منه، فإن^(٢) غصب منه سقط الأجرة،
 ولرب^(٣) الدار والأرض طلب الأجر كل يوم، وللجمال^(٤) كل
 مرحلة، وللقصار^(٥) والخيّاط بعد الفراغ عن عمله، وللخبّاز^(٦)
 بعد إخراج الخبز من التنور، فإن أخرجه فاحترق له الأجر^(٧)،

(١) أى باستيفاء المعقود عليه وهى المنفعة .

(٢) قوله : " فإن " أى لو غصبت العين المستأجرة من يد المستأجر، سقط الأجر كله، فيما إذا غصبت فى جميع المدة، وإن غصبت فى بعضها، سقط بحسابها لزوال التمكن من الانتفاع، وهو شرط لوجوب الأجرة، لا حقيقة الانتفاع على ما تبين، وهل تنفسخ الإجارة؟ قال صاحب " الهداية " : تنفسخ، وقال القاضى فخر الدين فى فتاواه والفضلى : لا تنقضى . (الزيلعى)

(٣) قوله : " ولرب " أى إذا استأجر أحد داراً ليسكنها، أو أرضاً ليزرعها، فيجوز لرب الدار فى صورة إجارة الدار، ولرب الأرض فى إجارة الأرض، أن يطالب المستأجر بأجرة كل يوم، لأنه منتفعة مقصودة إلا أن العين وقت الاستحقاق فى العقد، فيكون بمنزلة التأجيل . (عز)

(٤) قوله : " وللجمال [منهم من ضبط الجمال بالحاء المهملة، ومنهم من ضبطها بالجيم الأولى الأول؛ لأن الحمل يجوز أن يقع على الظهر، وعلى الدابة، فيكون أعم من لفظ الجمال بالجيم . (البحر)] " أى ومن استأجر جمالاً لصاحب الجمال أن يطالبه كل مرحلة إذا لم يبين وقت الاستحقاق، فإن بين وقته لم يكن له الطلب قبله؛ لأنها سير مقصود (عز)

(٥) قوله : " وللقصار " أى يجوز للقصار والخيّاط طلب الأجرة بعد الفراغ من عملهما؛ لأن العمل فى البعض غير منتفع به، فلا يستوجبان به أجرًا . (عز)

(٦) قوله : " للخبّاز " يعنى للخبّاز أن يطالب بالأجر إذا أخرج الخبز من التنور؛ أنه قد فرغ فيملك المطالبة، كالخيّاط إذا فرغ من العمل، هذا إذا كان يخبز فى بيت المستأجر؛ لأنه صار مسلماً إليه بمجرد الإخراج . فيستحق الأجر، وإن كان فى منزل الخبّاز، لم يكن مسلماً إليه بمجرد الإخراج من التنور . (الزيلعى)

هذا إذا كان الخبز فى بيت المستأجر، أما إذا كان خارجاً عن بيت المستأجر، فلا يستحق الأجرة إلا بالتسليم حقيقة . (الطائى)

(٧) لأنه صار مسلماً بالوضع فى بيته .

لأنه لم توجد منه الجناية أراد به وضع الطعام في القصاص
ولا ضمان، وللطباخ^(١) بعد الغرف، وللبان^(٢) بعد الإقامة.

ومن لعمله أثر في العين، كالصباغ^(٣) والقصار يحبسها^(٤)
أي لأجل الأجرة حتى يستوفيها الصانع العين أي هلك عليه
للأجر، فإن حبس فضاغ، فلا ضمان^(٥)، ولا أجر، ومن لا
أثر لعمله كالحمال^(٦) والملاح لا يحبس^(٧) للأجر، ولا^(٨)

(١) قوله: "وللطباخ" أي للطباخ أن يطلب الأجرة بعد ما غرف الطبخ؛ لأن الغرف عليه إذا كان يطبخ للوليمة، وإن كان يطبخ قدرًا خاصة لأهل البيت، فليس عليه الغرف؛ لأن العادة لم تجر به، والمعتبر هو العادة في موضع لا نص فيه. (الزيلعي)

(٢) قوله: "وللبان" [وهو من يتخذ اللبن من الطين] أي إذا استأجره ليضرب له لبنا في أرضه، استحق الأجر إذا أقامه عند الإمام، حتى لو فسد بالمطر قبلها، فلا أجر له، وقالوا: بعد تشريجه، وهو جعل بعض على بعض حتى لو فسد بعد الإقامة قبل النقل، فلا أجر له، إذ لا يؤمن الفساد قبله. وله أن الفراغ هو الإقامة، والتشريع عمل زائد كالنقل إلى موضع العمارة، بخلاف ما قبل الإقامة؛ لأنه طين منتشر، هذا إذا لبن في أرض المستأجر، وإن لبن في أرض نفسه، لا يستحق حتى يسلمه، وذلك بعد الإقامة عنده، وعندهما بالعد بعد التشريع، قيل: الفتوى على قولهما، والعرف في ديارنا على ما قاله الإمام. (الزيلعي والمجمع)

(٣) قوله: "يحبسها" أي يحبس العين للأجر حتى يستوفيه؛ لأن المعقود عليه وصف في المحل، فكان له حق الحبس لاستيفاء البدل، كما في المبيع. وذكر في "النهاية": أن القصار إذا ظهر عمله باستعمال النساء، كان له حق الحبس، وإن لم يكن لعمله إلا إزالة الدرن، اختلفوا فيه، والأصح أن له حق الحبس على كل حال؛ لأن البياض كان مستترًا، وقد ظهر بفعله بعد أن كان هالكًا بالاستتار، فصار كأنه أحدثه فيه بالإظهار، وعزاه إلى "شرح الجامع الصغير" لقاضي خان. (الزيلعي)

(٤) قيل: الأثر هو الأجزاء القائمة بالمحل كالنشاء، وقيل: هو ما يعاين في محل الحمل، كالسكر في الفستق واختار الأكثر الأول. (الكشف)

(٥) قوله: "فلا ضمان" عند أبي حنيفة؛ لأنه غير متعد في الحبس، وقد كان العين أمانة في يده قبل الحبس، فتعين أمانة بعد، ولا أجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم، وعند أبي يوسف ومحمد كانت مضمونة قبل الحبس، فكذا بعده، لكنه بالخيار إن شاء ضمن قيمته غير معمول، ولا أجر له؛ لأن العمل لم يصّر مسلمًا إليه، وإن شاء ضمن قيمته معمولًا، وله الأجر؛ لأن المبيع صار مسلمًا إليه، تقديرًا بوصول قيمته إليه، فصار كما لو صار مسلمًا إليه حقيقة. (شرح النقاية)

(٦) قوله: "لا يحبس" لأن المعقود عليه نفس العمل وهو عرض دلالة أثر يقوم مقامها، فلا

الأجير ^{بأن قال له: عمل بنفسك أو بيدك} المستأجر ^{الاستأجر}
 يستعمل غيره إن شرط عمله بنفسه، وإن أطلق له ^(١) أن يستأجر
 غيره، وإن استأجره ليجيء بعياله، ومات بعضهم فجاء بمن ^{من العيال أى فللأجير}
 بقى، فله ^(٢) أجره بحسابه، ولا ^(٣) أجر لحامل الكتاب

يتصور حبسه، ولو حبسها ضمن ضمان الغصب، وصاحبها بالخيار إن شاء ضمن المستأجر قيمتها
 محمولة، وله الأجر، وإن شاء غير محمولة ولا أجر: (المجمع)

(٧) قوله: "ولا" أى ليس للأجير أن يستعمل غيره إذا شرط عليه أن يعمل بنفسه؛ لأن المعقود
 عليه العمل من محل معين، فلا يقوم غيره مقامه، كما إذا كان المعقود عليه المنفعة، بأن استأجر رجلاً
 شهراً للخدمة لا يقوم غيره مقامه فى الخدمة، ولا يستحق به الأجر؛ لأنه استيفاء للمنفعة بلا عقد لتعين
 المعقود عليه لذلك. (الزيلعى)

(١) قوله: "له" لأن المعقود عليه العمل فى ذمة، ويمكن إيفاءه بنفسه أو باستعانة غيره، كإيفاء
 الدين. (الكشف)

(٢) قوله: "فله" لأنه فى بعض المعقود عليه، فيستحق الأجر بحسابه، قال الفقيه أبو جعفر
 الهندوانى: هذا إذا كان عياله معلومين للعاقدين. (حاشية الكشف)
 حتى يكون الأجر مقابلاً بجملتهم، وإن كانوا غير معلومين، يجب الأجر كله، كما فى "التبيين"،
 فعلى هذا لو قيد المصنف بقوله: لو كانوا معلومين، وإلا فكله كان أولى، وفى "الخلاصة": فإن لم
 يكونوا معلومين، فالإجارة فاسدة. (المجمع)

(٣) قوله: "ولا" معناه إن استأجره ليذهب بطعام إلى فلان بمكة مثلاً، أو ليذهب بكتابه إليه،
 ويجيء بجوابه، فذهب فوجد فلاناً ميتاً فردّه، فلا أجر له؛ لأنه نقض تسليم المعقود عليه بالرد، فصار
 كأنه لم يفعل، فلا يستحق الأجر، وقال زفر رحمه الله: له الأجر فى الطعام؛ لأن الأجر بمقابلة حمل
 الطعام إلى مكة، وقد وفى بالمشروط، فاستحق الأجرة عليه، ثم هو برده جان، فلا يسقط حقه به فى
 الأجر، بخلاف نقل الكتاب؛ لأن الأجر فيه لا يقابل الحمل؛ لأنه لا مؤنة له.

وقال محمد رحمه الله: له الأجر للذهاب فى نقل الكتاب؛ لأنه أوفى بعض المعقود عليه، وهو
 قطع المسافة؛ لأن الأجر مقابل به، لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب الخفة مؤنته، بخلاف حمل
 الطعام؛ لأن الأجر فيه مقابل بالحمل دون قطع المسافة؛ لأن فى حمل الطعام مؤنة.

قلنا: الأجر مقابل بالنقل فيهما؛ لأنه وسيلة إلى المقصود، وهو وضع الطعام هناك، وعلم ما فى
 الكتاب، فإذا رده فقد نقض المعقود عليه، فلا يستحق الأجر، كما إذا نقض الخياطة بعد الغراغ، ولو
 وجده غائباً، فهو كما لو وجده ميتاً لتعذر الوصول إليه.

ولو ترك الكتاب هناك ليوصل إليه، أو إلى ورثتى، فله الأجر فى الذهاب؛ لأنه أتى بأقصى ما فيه
 وسعه. (الزيلعى)

أى لأجل الجواب يجىء من المكتوب إليه

راجع للمسائلين

للجواب، أو لحامل الطعام إن رده^(١) للموت.باب ما يجوز^(٢) من الإجارة وما يكون خلافاً فيها

جمع حانوت بمعنى الدكان

صح^(٣) إجارة الدور والخوانيت بلا بيان ما يعمل فيهما،

أى للمستأجر

أى من عمل السكنى كالوضوء والطبخ وكسر الحطب

وله^(٤) أن يعمل فيها كل شيء إلا^(٥) أنه لا يسكن^(٦) حدّاداً، أو

(١) كل واحد من حامل الكتاب وحامل الطعام.

(٢) ما يجوز، والأفصح أن يقول: باب من الأفعال فى الإجارة.

(٣) قوله: "صح" والقياس أن لا يجوز حتى يبين ما يعمل فيها؛ لأن الدار تصلح للسكنى ولغيرها، وكذا الخوانيت تصلح لأشياء مختلفة، فينبغى أن لا يتجاوز ما لم يبين ما يعمل فيها، كاستئجار الأرض للزراعة، والثياب للبس، وجه الاستحسان أن العمل المتعارف فيها السكنى، ولهذا تسمى مسكناً، فينصرف إليها؛ لأن المتعارف كالمشروط؛ ولأنها لا تختلف باختلاف العامل والعمل، فجاز إجارتهما مطلقاً، بخلاف الأرض والثياب، فإنهما يختلفان باختلاف المزروع واللابس، فلا بد من البيان. (الزيلعى)

(٤) قوله: "وله" وهذا لأن العقد وقع مطلقاً، وله أن يسكن غيره معه، أو ينفرد لأن كثرة السكان لا تضر، وله أن يضع فيها ما بدالة حتى الحيوان، ويعمل ما بداله من العمل كالوضوء، والاعتسال، وغسل الثياب، وكسر الحطب.

وفى "النهاية": لا يدخل الدواب فى عرفنا؛ لأن المنازل فى بخارا تضيق عن سكنى الناس، فكيف تتسع لإدخال الدواب، وإنما هذا الجواب بناء على عرفهم فى الكوفة.

وفى "شرح الكافى" للإسبيجى رحمه الله: ولو استأجرها لسكنى كل شهر بكذا، فله أن يربط فيها دابته وبعيه وشاته، ويسكنها من أحب، وهذا إذا كان فيها موضع معدّ لذلك. (العينى مع زيادة)

(٥) قوله: "إلا" هذا استثناء من الحكم المذكور من أن له أن يعمل كل شيء، وبيان لما لا يجوز له من العمل الذى يتضرر به الدار والханوت، وإنما استثنى ما ذكر؛ لأن فى نصب الرحى، واستعمالها فى هذه الأشياء ضرراً ظاهراً؛ لأنه يوهن البناء، فينتقيد العقد بما وراءها دلالة، والمراد بالرحى رحى الماء والثور، وأما رحى اليد فلا يمنع منها؛ لأنها لا تضر بالبناء.

وفى "الحدادى": رحى اليد إذا بنيت فى الحائط يمنع منها، وله أن يكسر فيها الحطب الكسر المعتاد، وله أن يطبخ فيها لطبخ المعتاد، وإن زاد على العادة بحيث يوهن البناء، فليس له ذلك إلا برضاء صاحب الدار، فظهر أن الحاصل كل ما يوهن البناء أو فيه ضرر ليس له أن يعمل فيها إلا بإذن، وكل ما لا ضرر فيه جاز مطابق العقد واستحققه. (التكملة)

(٦) قول: "لا يسكن" قال فى "المنح": فيه وجهان: الأول: أن يكون بفتح الياء من الثلاثى

المستأجر

قصاراً، أو طحاناً، والأراضي^(١) للزراعة إن بين ما يزرع فيها،
 أى وصح إجارة الأرض للبناء... إلخ
 أو قال: على أن يزرع ما شاء، وللبناء^(٢) والغرس، فإن^(٣) مضت
 المستأجر إن لم يرض المؤجر تركهما
 المدة، قلعهما وسلمهما^(٤) فارغة، إلا^(٥) أن يغرم المؤجر قيمته^(٦)
 أى للمستأجر وهو صاحب الأرض

المجرد، فيكون انتصاب حداداً، أما بعده على الحال، ويفهم منه عدم إسكان غيره دلالة بالأولى.
 الثانى: أن يكون وبضم الياء وكسر الكاف، وانتصاب ما بعده على المفعولية، ويفهم منه عدم
 سكنه بنفسه بالإشارة؛ لأنه إنما لم يجز أن يسكن غيره؛ لأن ذلك يوهن البناء، وفى سكنى نفسه متلبساً
 بهذه الأشياء هذا المعنى حاصل.

(١) قوله: "والأراضي" يعنى يجوز استئجار الأرض للزراعة إن بين ما يزرع فيها، أو قال: على
 أن يزرع فيها ما يشاء؛ لأن منفعة الأرض مختلفة بما يزرع فيها؛ لأن منه ما ينفع كالريسم فى ديارنا، وما
 يضر كالقمح مثلاً، فلا بد من بيانه أو يقول له: ازرع فيها ما شئت كى لا يفضى إلى المنازعة، ولو لم
 بين، ولم يقل له: ازرع فيها ما شئت، فسدت الأجرة للجهالة، ولو زرعتها لا تعود صحيحة فى
 القياس، وفى الاستحسان يجب المسمى، وتنقلب صحيحة؛ لأن المعقود صار صحيحاً معلوماً
 بالاستعمال، وصار كما لو استأجر ثوباً، ولم بين اللابس، ثم البس إنساناً عادت صحيحة لما ذكرنا.
 (التكملة)

(٢) قوله: "وللبناء" أى جاز استئجار الأرض للبناء ولغرس الأشجار؛ لأنها منفعة معلومة
 تقصد لعقد الإجارة عادة، فتصح كما لو استأجرها للزراعة. (الزيلعى)

(٣) قوله: "فإن" أى إذا مضت مدة الإجارة قلع البناء، والغرس، وسلم الأرض إلى المؤجر
 فارغة؛ لأنه يجب تسليمها إلى صاحبها غير مشغولة ببناءه وغرسه، وذلك بقلعهما فى الحال؛ لأنهما
 ليس لهما حالة منتظرة ينتهيان إليها، وفى تركهما على الدوام بأجر أو بغير أجر، يتضرر صاحب
 الأرض، فيتعين القلع فى الحال، بخلاف ما إذا استأجرها للزراعة، فانقضت مدة الإجارة والزرع، لم
 يدرك حيث يترك الزرع على حاله إلى أن يستحصدها بأجر المثل؛ لأن له نهاية معلومة، فأمكن رعاية
 الجانبيين فيه، بخلاف ما إذا مات أحد المتعاقدين فى المدة، والزرع لم يدرك، حيث يترك بالمسمى على
 حاله إلى أن يستحصد الزرع، وإن بطلت الإجارة به؛ لأن للزرع نهاية على ما بينا، فإذا وجب الترك
 لدفع الضرر، كان تركه بالمسمى، وإبقاءه على ما كان أولى، إذ لا فائدة فى نقص العقد، وإعادته على
 ما كان، بخلاف ما إذا غصب أرضاً، وزرعها حيث يؤمر بالقلع، وإن كان له نهاية؛ لأن ابتداء فعله وقع
 ظلماً، والظلم يجب إعدامه لا تقريره. (الزيلعى)

(٤) أى سلم المستأجر الأرض إلى المؤجر.

(٥) قوله: "إلا" يعنى إذ مضت المدة يجب عليه قلع البناء والغرس، إلا أن يغرم المؤجر قيمة
 ذلك الخ، هذا إذا كانت الأرض تنقص بالقلع؛ لأن الواجب دفع الضرر عنهما، فيدفع الضرر عن

كل واحد من البناء والغرس بعد دفع القيمة أى يتركه كل واحد من البناء والغرس مقلوعاً^(١)، ويتملكه، أو^(٢) يرضى بتركه، فيكون البناء،

أى للمستأجر وهو البرسيم فى حكم القلع والشجر لهذا، والأرض لهذا^(٣) والرطبة^(٤) كالشجرة، فى الأرض المستأجرة

والزرع^(٥) يترك بأجر المثل إلى أن يدرك، والدابة^(٦) للركوب

أى وصح أيضاً إجارة الثوب المؤجر للمستأجر الثوب والحمل، والثوب للبس، فإن^(٧) أطلق أركب^(٨)، والبس من

صاحب الغرس والبناء بدفع القيمة له، وعن صاحب الأرض بالتملك بالقيمة، وإن كانت لا تنقص، فليس له ذلك إلا برضا صاحبه لاستواءهما فى ثبوت الملك، وعدم المرجع، وليس لرب الأرض أن يملك الغرس جبراً على صاحبه إذا لم يكن فى قلعهما ضرر فاحش. (التكملة)

(٦) أى قيمة كل واحد من البناء والغرس.

(١) بأن تقوم الأرض بهما وبدونهما، فيضمن ما بينهما. (الطائى)

(٢) قوله: "أو" ولأن الحق لرب الأرض، فإذا رضى باستمراره على ما كان بأجر، أو بغير أجر، كان له ذلك. (الزيلعى)

(٣) أى للمؤجر الذى هو صاحب الأرض.

(٤) قوله: "والرطبة" المراد بالرطبة ما يبقى أصله فى الأرض أبداً، وإنما يقطف ورقه ويباع أو زهره، وأما إذا كان له نهاية معلومة، كما فى الفجل - بضم الفاء - والجرد والبازنجان، فينبغى أن يكون كالزرع، يترك بأجر المثل إلى نهايته، كذا حرره المصنف فى حواشى "الكتز"، وقوآه بما فى معاملة "الخانية" - فليحفظ -.

قلت: بقى لو له نهاية معلومة، لكنها بعيدة طويلة كالقصب، فيكون كالشجر، كما فى "فتارى ابن الحلبي" - فليحفظ - . (الدر)

(٥) قوله: "والزرع" أى يترك الزرع بأجر المثل إذا انقضت مدة الإجارة قبل إدراكه؛ لأن له نهاية معلومة، وقد ذكرناه ونظائره، والفرق بينه وبين البناء والغرس آنفاً. (الزيلعى)

(٦) قوله: "والدابة" يعنى يجوز استئجار هذه الأشياء لما ذكرنا؛ لأن لها منافع معلومة، ويعتاد استئجارها، فجاز استئجارها كسائر الأعيان المعهودة. (الزيلعى)

(٧) قوله: "فإن" أى إن أطلق له الركوب، أو اللبس، جاز أن يركب الدابة، ويلبس الثوب، والمرد بالإطلاق أن يقول: على أن يركبها من شاء، أو يلبس الثوب من شاء؛ لأنه يختلف باختلاف الراكب واللابس، فلا يجوز إلا بالتعيين، أو بأن يشترط أن يفعل ما شاء على نحو ما ذكرنا فى الزراعة، إذ كل واحد منهما مختلف، فلا فرق بينهما، وهذا لأن الركوب والحمل واللبس يختلف كل واحد منهما اختلافاً فاحشاً، ولهذا لو عيّن له فيها، وخالف يضمن إذا هلك العيّن، ولا أجر له، كما فى

المؤجر معين معين
 شاء، وإن قيد براكب أو لابس، فخالف
 أى مثل الحكم المذكور، وهو الضمان فى كل ما... إلخ
 ضمن^(١)، ومثله^(٢) ما يختلف بالمستعمل، وما^(٣) لا يختلف به،
 أى تقييد المؤجر لشخص معين
 بطل تقييده، كما لو شرط سكنى واحد، له أن
 أى غير الواحد الذى شرط المؤجر سكناه.
 يسكن غيره، وإن^(٤) سمي نوعاً وقدرًا، ككر^(٥) بر^(٥)
 الزراعة (ز)

(٨) المستأجر الدابة من شاء.

(١) لتفاوت الناس فى الركوب، فالتقييد مفيد، فيضمن بالمخالفة.

(٢) قوله: "ومثله" يعنى يضمن مثله فى كل شىء يختلف باختلاف المستعمل إذا كان مقيداً،
 وخالف لما ذكرنا من المعنى. (التكملة)

(٣) قوله: "وما" يعنى فيما لا يختلف باختلاف المستعمل، كالدور للسكنى، لا يعتبر تقيده حتى
 إذا شرط سكنى رجل بعينه فى الدار، له أن يسكن غيره؛ لأن التقييد لا يفيد، لعدم التفاوت، وما يضر
 بالبناء، كالحداثة ونحوها خارج بدلالة العادة على ما مر. (الزيلعى)

(٤) قوله: "وإن" يعنى لو سمي نوعاً وقدرًا، يحمله على الدابة مثل كرم من بر، فله أن يحمل
 عليها ما هو مثله، وأخف منه فى الضرر، كالشعير والسهم، وليس له أن يحمل عليها ما أضر منه،
 كالملح؛ لأنه إذا رضى بشىء يكون راضياً بكل ما هو مثله أو دونه دلالة، دون ما هو أضر منه.
 والقياس أن يضمن بالحمل عليها خلاف الجنس كيفما كان؛ لأنه يتصرف بالأمر، فليس له أن
 يخالف، ألا ترى أن الوكيل بالبيع بألف درهم لو باع بألف دينار لا ينفذ بيعه، وجه الاستحسان أن
 التقييد إنما يعتبر أن لو كان مقيداً، ولا فائدة فى هذه المسألة فى التقييد بكر حنطة، ومنع كرم من شعير، بل
 الشعير أخف منه، فكان أولى بالجواز، حتى لو سمي مقداراً من الحنطة، فحمل عليها من الشعير مثل
 ذلك الوزن ضمن؛ لأن للتقييد به فائدة؛ لأن الشعير يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما تأخذه الحنطة، فصار
 كما لو حمل عليها مثل وزنه تبنًا، هكذا ذكره فى "البنية"، وعزاه إلى "المبسوط".

ثم قال: ذكر شيخ الإسلام فى "مبسوطه": أنه لا يضمن استحساناً، وقال: وهو الأصح؛ لأن
 ضرر الشعير فى حق الدابة عند استواءهما وزناً أخف من ضرر الحنط؛ لأنه يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما
 تأخذه الحنطة، فيكون أخف عليهما بالانبساط، قال: وبه يفتى الصدر الشهيد.

ولو حمل عليها مثل وزن الحنطة حديدًا، أو ملحًا، أو أجرًا يضمن؛ لأنه يجتمع فى مكان واحد
 من ظهرها، فيضرها أكثر، وكذا إذا حمل عليها مثل وزن الحنط قطن يضمن؛ لأنه يأخذ من ظهر الدابة
 أكثر من الحنطة، فصار كما إذا حمل عليها تبنًا أو حطبًا، فحاصله أن الشئين متى كان فى كل واحد
 منهما ضرر فوق ضرر الآخر من وجه لا يستفاد من الإذن فى أحدهما الإذن فى الآخر، وإن كان هو.

أى وما هو أخف منه فى الضرر^٣ والحديد^٤ أى وإن هلك الدابة^٥
 حمل مثله، وأخف، لا أضرب كالملح، وإن^(١) عطبت بالإرداف،
 المستأجر إلى نصف قيمة الدابة^٦ أى وإن عطبت بالزيادة.
 ضمن النصف، وبالزيادة^(٢) على الحمل المسمى^(٣) ما^(٤)
 أى بضرب الدابة^(٥) بالجر أى يضمن أيضاً بنزع السرج الذاتية^(٦)
 زاد، وبالضرب^(٧) والكبح^(٨)، ونزع السرج، والإكاف^(٩)
 أخف ضرراً من وجه آخر. (الزليعى)

(٥) أى للمستأجر يحملها على الدابة التى استأجرها.

(١) قوله: "وإن" يعنى إذا استأجر دابة، فأردف عليها غيره ضمن نصف القيمة، ولا يعتبرها بالثقل؛ لأن الدابة يعقرها الركب الخفيف، ويخف عليها ركوب الثقل لعلمه بالفروسية، ولأن آدمى غير موزون، فلا يمكن معرفته بالوزن، فيتعلق الحكم بالعدد، كالجناية فى باب الجناية.
 هذا إذا كانت الدابة تطبق حمل الاثنين، وإن كانت لا تطبق ضمن جميع قيمتها، ذكره فى "الكافى" قالوا هذا إذا كان الرديف يستمسك بنفسه، وإن كان صغيراً لا يستمسك بنفسه، يضمن بقدر ثقله، قال فى "البنية": قيد بالرديف احترازاً عما حملة إذا عاتقه، فإنه يضمن جميع القيمة؛ لأن ثقله مع الذى حملة يجتمعان فى مكان واحد، فيكون أشق على الدابة.
 وقال الحدادى: الرديف مثال، وليس بقيد حتى لو جعل المستأجر نفسه رديفاً وغيره أصيلاً، فالحكم واحد. (التكملة)

(٢) قوله: "وبالزيادة" يعنى إذا استأجر دابة ليحمل عليها قدرًا، فحمل عليها أكثر منه، فعطبت، يضمن ما زاد بالثقل؛ لأنها هلكت بما دون وغيره، فتقسم عليها، هذا إذا كانت الدابة تطبق ذلك، فلو كانت لا تطبق مثله، يضمن جميع قيمته؛ لعدم الإذن فيه.
 هذا إذا حمل المستحق زاد عليه، وإن حمل عليها غيره، فهلك واجب عليه جميع القيمة لعدم الإذن.

قال: ونوقض بما إذا استأجر ثوراً ليطحن عليه مقداراً فراد، فهلك، يضمن جميع القيمة، وإن كانت الزيادة من جنسه، وفرق بينهما بأن الطحن يكون شيئاً فشيئاً، فإذا طحن القدر المسمى فقد انتهى الإذن، ويطحن غيره معه، فقد تعدى، فيضمن جميع القيمة. (التكملة)

(٣) بأن سمي قنطاراً مثلاً، فحمل عليها أكثر منه، فعطبت يضمن ما زاد الثقل.

(٤) قوله: "وبالضرب" هذه عدة مسائل حكمها واحد، وهو ضمان كل الدابة: الأولى: عطبت الدابة بالضرب والكبح، وهو ضرب الدابة بالدعام، وهو أن يجدها إلى نفسه، وفيها خلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه، فقال رحمه الله بوجوب ضمان الكل، وقالوا رحمهما الله: بعدم الضمان إذا فعل فعلاً معتاداً؛ لأن المتعارف يدخل تحت المطلق، فكانت هالكة بالمأذون، وله أن الإذن مقيد بشرط السلامة، إذ السوق يتحقق بدونه، وإنما يضرب للمبالغة، فصار كضرب الزوجة، والمرور على الطريق.
 والثانية: أنه استأجر حماراً مسرجاً فزعه، وأسرجه بسرج لا يسرج بمثله الحمير، أو أكفه بذلك،

أى يمثل ذلك السرج بالجر عطف على قوله: والضرب مالمثل المتاع

والإسراج بما لا تسرج بمثله، وبسلوك طريق غير ما عينه

حالية بالجر عطف على قوله: وسلوك قال الإقناعى: السماع بلغ بالتشديد

وتفاوتا، وحمله فى البحر الكل، وإن^(١) بلغ فله الأجر،

أى وضمن بزرع^(٢) رطبة وأذن بالبر ما نقص ولا أجر، وبخياطة^(٣) قباء

فتلف بضمن جميع القيمة؛ لأن الإذن يتناول ما يسرج بمثله دون ما لا يسرج بمثله، فيكون متعديًا، فيضمن أو أن السرج يسرج بمثله، لا يضمن.

والثالثة: أنه يجب الضمان إذا عين للمكارى طريقًا، وسلوك هو غيره، كان بينهما تفاوت، بأن كان المسلولك أوعر، أو أبعد، أو أخوف، بحيث لا يسلك؛ لأن التقيد صحيح لكونه مقيّدًا، فإذا خالف فقد تعدى، فتضمن قيمته إن هلك، وإن لم يهلك، وبلغ، فله الأجر استحسانًا؛ لارتفاع الخلاف، ولا يلزم اجتماع الأجرة والضمان؛ لأنهما فى حالتين؛ لأنه على تقدير السلامة يجب الأجر، وعلى تقدير التلف يجب الضمان، والمحذور اجتماعهما فى حالة واحدة.

والرابعة: أنه لو عين عليه أن يحمله فى البر إن هلك القماش ضمن، وإن سلم فله الأجر؛ لأن التفاوت فيه فاحش، ولهذا ليس للمودع أن يسافر بالوديعة فى البحر، ولو سلم يجب استحسانًا لحصول المقصود، وارتفاع الخلاف. (عز)

(٥) أى بكبحها من كبحت الدابة إذا رددتها وحدها إليها إلى نفسك.

(٦) أى ويضمن أيضًا بنزع السرج الذاتية.

(١) المكارى بالمتاع إلى المقصد فى المسألتين المذكورتين.

(٢) قوله: "وبزرع" أى من استأجر أرضًا ليزرعها حنطة، فزرعها رطبة ضمن ما نقصت الأرض؛ لأن الرطاب أكثر ضررًا بالأرض من البر؛ لانتشار عروقها فيها، وكثرة الحاجة إلى سقيها، فكان خلافًا إلى شر مع اختلاف الجنس، فيجب عليه جميع نقصان، ولا أجر عليه؛ لأنه لما خالف صار غاصبًا، فاستوفى المنفعة بالغصب، فلا يجب الأجر به.

قال العينى: وإن زرع ما هو أقل ضررًا من البر لا يجب عليه الضمان؛ لأنه خلاف إلى خير، فلا يصير به غاصبًا. (المجمع)

(٣) قوله: "وبخياطة" يعنى إذا أمره أن يخط ثوبه قميصًا، فخاطه قباء، فرب الثوب بالخيار، إن شاء ضمنه قيمة ثوبه، وإن شاء أخذه، ودفع له أجرة مثله، أى مثل القباء، والقباء القرطى الذى يلبسه الأتراك مكان القميص، وهو ذو طاق واحد.

قال ظهير الدين: القميص إذا قد من قبل كان قباء ذا طاق، وإذا خيط جانبًا كان قميصًا، وجه الخير أن القباء قميص من وجه؛ لأنه يشد وسطه، فينتفع به المقاع القميص، فقد وجدت الموافقة والمخالفة، فيميل إلى أى جهتين شاء، لكن يجب أجر المثل لقصور جهة الموافقة. (التكملة والكشف)

حالية أى بخياطة قميص أى ضمن قيمة... إلخ (١) وأمر بقميص قيمة ثوبه، وله (١) أخذ القباء ودفع أجر مثله. ولا يجاوز به المستى

وجه التأخير عن الصحيحة ظاهر

باب الإجارة الفاسدة

المخالف لمقتضى العقد أى وللمؤجر بعد التسليم واستيفاء المنفعة (٢) يفسد (٢) الإجارة الشرط، وله (٣) أجر مثله، لا يجاوز به

(١) أى لصاحب الثوب .

(٢) قوله : " يفسد " أى يفسد الإجارة شروط تفسد البيع ، وهى الشروط التى لا يقتضيها العقد الذى وقعت فيه ؛ لأن الإجارة فى المنافع بمنزلة البيع فى الأعيان ، ولذا تقال : وتفسخ ، والشروط التى لا يقتضيها البيع تفسده ، فكذا الشروط التى لا يقتضيها الإجارة تفسدها ، وذلك كاشتراط مراحة الدر ، وإدخال جذع فى سقفها .

وتفسد أيضاً بجهالة المعقود عليه ، كما لو استأجر أرضاً ، ولم يذكر أنه يزرعها ، أو أى شئ يزرعها ، وكذا بجهالة المدة فيما يعلم المنفعة بها ، كاللور لاستلزامها جهالة قدر المنفعة ، وكذا بجهالة الأجر ؛ لأنه كالثمن فى البيع ، ولذا يجعله من جنس منفعة المستأجر ، كالاستئجار دار سكنى بسكنى دار أخرى ، وليس ثوب بلبس ثوب آخر ، وعند الشافعى يجوز ؛ لأن المنافع كالأعيان عنده ، ومبادلة العين بجنسه ، وبخلاف جنسه صحيحة عند المساواة .

ولنا ما حكى أن ابن سماعه كتب إلى محمد وقال : لم لا يجوز إجارة سكنى دار بسكنى دار ، فكتب محمد فى جوابه : أنه أطلت الفكرة وأصبت الجرة ، وجالبت الحناني ، وكانت منك زلة ، أما علمت أن إجارة سكنى دار بسكنى دار كبيع القوهى بالقوهى نسية .

بيانه : أن المعقود عليه ما يحدث من المنفعة ، وذا غير موجود فى الحال ، فإذا اتحد الجنس ، كان كمبادلة شئ بجنسه نسية ، والجنس بانفرده يحرم النساء عندنا ، بخلاف ما إذا اختلف الجنس ؛ لأن النساء فى الجنس المختلف ليس بحرام ، كما لو أسلم فوهيا فى مزدى .

فإن قيل : عند اختلاف النوع إن لم يفسد لهذا المعنى يفسد لمعنى آخر ، وهو أن بيع الدين بالدين حرام الذى عن الكالى بالكالى ، قيل الذى تصحبه الباء هو المعقود عليه ، وأقيم المحل مقام المنفعة ، وهى عين ، فيصير الآخر بمنزلة الثمن ، فلا يكون غير العين بغير العين ، بل يكون عيناً بدين ، فذلك جائز . (شرح النقاية)

(٣) قوله : " وله " ترك قيداً ، وهو أن يقول : فإن انتفع فله الأجر ، وأشار بقوله : لا يجاوز به المسمى إلى أن الفساد ليس لجهالة المسمى ، أو لعدم التسمية ، فلو كان الفساد لواحد منهما يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ ، وكذا إذا كان بعضه معلوماً ، وبعضه مجهولاً مثل أن يسمى دابة أو ثوباً ، أو عشرة دراهم .

والظاهر من كلام الماتن ، والشارح أن الفساد إذا كان لغير جهالة المبدل ، لا يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ ، بل لا يزداد على المسمى ، وليس كذلك ؛ لأنه إذا كان البدل معلوماً ، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين

المسمى، فإن أجر دارا كل شهر بدرهم، صح في شهر
ففسدت في بقية الشهر
فقط^(١)، إلا أن يسمى الكل، وكل^(٢) شهر سكن ساعة منه
العقد أى في ذلك الشهر أى الدار العقد وصلى
صح^(٣) فيه، وإن استأجرها سنة صح، وإن لم يسم أجر كل
أى مدة الإجارة
شهر، وابتداء^(٤) المدة وقت العقد، فإن^(٥) كان حين يهل^(٦) يعتبر

يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ .

وقال زفر والشافعي: يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ في الكل إذا كان الفساد لجهالة البدل، أو لعدم

التسمية .

ولنا أن المنافع غير متقومة بنفسها؛ لأن التقوم يستدعي سابقة الإحراز، وما لا بقاء له لا يمكن إحرازه، فلا يتقوم، وإنما يتقوم بالعقد الشرعى للضرورة، فإذا فسدت الإجارة، وجب أن لا تحجب الأجرة؛ لعدم العقد الشرعى، إلا أن الفاسد من كل عقد ملحق بصحيحه لكونه تبعاً له ضرورة، فيكون له قيمة فى قدر ما وجد فيه شبهة العقد، وهو قدر المسمى، فيجب فيه المسمى بالغأما بلغ، وفيما زاد على المسمى لم يوجد فيه عقد، ولا شبهة عقد، فلا يتقوم، ويبقى على الأصل.

والظاهر من قول المؤلف، وله أجر مثله إنه هو الواجب، وليس كذلك، قال جمهور الشارحين: الواجب في الإجارة الفاسدة الأقل من أجره المثل من المسمى، وهو في الذخيرة. (التكملة مع حذف)

(١) قوله: "فقط" لأن كلّ إذا دخلت الدار فيما لا نهاية له تنصرف إلى الواحد بعمل بالعموم، وكان الشهر الواحد معلوماً، فصح فيه إذا تمّ، فللكل منهما فسحه لانتفاء العقد الصحيح. (الكشف)

(٢) قوله: وكلّ أى وصحت -الإجارة- أيضاً فى كل شهر يسكن فى أوله، ولم يكن للموَجِر أن يخرجَه إلى أن ينقضى إلا بعذر، وبه قال أحمد؛ لأنه بهذا القدر من السكنى صار معلوماً، فيتم العقد فيه، فكان كالبيع بالمُعاطاة، والمراد بأول الشهر عرفاً، وهو الليلة الأولى من الشهر، ويومها، وهو ظاهر الرواية، وبه يفتى. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "صح" يعنى بعدما سُمى الأجر جملة؛ لأن المنفعة صارت معلومة ببيان المدة، والأجرة معلومة، فيصح وإن لم يبين قسط كل شهر، كما إذا استأجر شهراً، ولم يبين حصته كل يوم، فإذا صح وجب أن تقسم الأجرة على الأشهر على السواء، ولا يعتبر تفاوت الأسعار باختلاف الزمان. (الزيلعي)

(٤) قوله: "وابتداء" يعنى ابتداء مدة الإجارة من وقت العقد؛ لأن الأوقات كلها فى حكم الإجارة، سواء، وفى مثله يتعين الزمان الذى يعقب السبب، كما فى الآجال، بأن باع إلى شهر، والى بيان بأن حلف لا يكلم فلاناً، حيث اعتبر فيهما الابتداء بعد الفراغ من التكلم فلان هذا، بخلاف ما إذا قال: لله على أن أصوم شهراً، فإنه لا يتعين ابتداءه؛ لأن الأوقات فى الصوم ليست سواء، فإنه لا يجوز

الأهلة، وإلا^(١) فالأيام^(٢)، وصح^(٣) أخذ أجره الحمام، والحجام،

أى إنزائه على الأنتى

لا^(٤) أجره عسب التيس.

يعنى لا يجوز أخذ الأجرة على هذه الأشياء.

والآذان^(٥) والحج والإمامة، وتعليم القرآن والفقه،

فى الليل، ولا يصير شارعاً فيه إلا بالعزيمة، فلا يتعين عقب السبب. (الطحطاوى والزيلعى)

(٥) قوله: "فإن" أى فإن كان العقد حين يهل، أى يبصر الهلال بصيغة المجهول، والمراد: اليوم الأول من الشهر، وفيه نظر؛ لأنه ليس حين يهل الهلال، بل هو أول الليلة الأولى من الشهر. (الشلبى عن الإقتانى)

اعتبر الأهلة فى شهور السنة كلها؛ لأنها هى الأصل فى الشهور، قال تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ﴾، وإلا أى وإن لم يكن العقد حين يهل، بأن كان فى أثناء الشهر، فالأيام، أى فالمعتبر فى شهور السنة كلها الأيام، وهذا عند أبى حنيفة، وهو رواية عن أبى يوسف، وقول للشافعى، ورواية عن أحمد.

وعند محمد وهو رواية عن أبى يوسف، وقول للشافعى، ورواية عن أحمد: الشهر الأول بالأيام، ويكمل من الشهر الأخير، والباقي بالأهلة؛ لأن الأصل فى اعتبار الشهور الأهلة، والأيام يصار إليها ضرورة، ألا ترى إلى قوله عليه السلام: «صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته فإن غم عليكم فأكملوا عدة شعبان»، والضرورة فى الأول من الشهور، فيكمل من أيام الشهر الأخير، ويعتبر فيما بينهما بالأصل.

ولأبى حنيفة أنه لما وجب تميم الأول بالأيام قبل ابتداء الثانى، وجب تسميمه من الثانى؛ لأنه متصل به فابتدئ الثانى بالأيام ضرورة، وهكذا إلى آخر المدة. (شرح النقاية)

(٦) بضم ففتح، أى يبصر الهلال، والمراد اليوم الأول من الشهر.

(١) أى وإن لم يكن حين يهل بل كان بعد مضى شىء من الشهر.

(٢) أى فتعتبر الأيام فى الشهور بالعدد، وهو أن يعتبر كل شهر ثلاثون. (العينى)

(٣) قوله: "وصح" فلتعارف الناس، وقد روى الحاكم فى "مستدركه": عن عبد الله بن مسعود أنه قال: ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن وما فيها من الجهالة ساقط؛ لمكان الضرورة، وأما الحجام فممنع أحمد إجازته؛ لما أخرجه مسلم عن رافع بن خديج، أن رسول الله ﷺ قال: «كسب الحجام خبيث».

ولنا ما روى الشيخان عن ابن عباس: «أن النبى ﷺ احتجم وأعطى الحجام أجرته»، زاد البخارى فى لفظ لو كان حراماً لم يعطه، ولمسلم: ولو كان لم يعطه، وذلك أنه كما لا يحل لأحد أكل الحرام، لا يحل له دفعه إلى غيره ليأكله، وكره كسبه عثمان وأبو هريرة والحسن والنخعى؛ لما رويانا فى "مسند أحمد": أن محبصة سأل النبى ﷺ عن كسب حجام له فنهاه، فلم يزل يكلمه حتى قال: اعلقه فأضحك وأطعمه رقيقك. (شرح النقاية)

(٤) قوله: "لا أى ولا تصح الإجارة لعسب التيس، وهو نزوه على الإناث، لما روى البخارى وأبو داود والترمذى والنسائى عن ابن عمر: «أن النبى ﷺ نهى عن عسب التيس»، وفى "مسند أحمد": «نهى عن عسب الفحل». (شرح النقاية)

(٥) قوله: "والأذان" فى "شرح النقاية": ولا تصح الإجارة للعبادات، فى "شرح الوافى": والمذهب عندنا أن كل طاعة يختص بها المسلم، فالاستئجار عليها باطل كالأذان والحج والإمامة وتعليم القرآن وتعليم الفقه، وهو نص أحمد، وقول عطاء والضحاك والزهرى والحسن وابن سيرين وطاوس والنخعى والشعبى، وقال مالك والشافعى وأحمد فى رواية: يصح فى كل ما لا يتعين على الأجير فعله، كاستئجار لبناء المسجد حتى لو تعين الإفتاء أو الإمامة على واحد لا يصح إجارته؛ لأنه عليه الصلاة والسلام زوج رجلاً معه من القرآن، وإذا جاز تعليم القرآن عوضاً فى باب النكاح جاز فى باب الإجارة.

ولأن أبا سعيد الخدرى رقى بفاتحة الكتاب، وأخذ قطيعاً من الغنم، واقتسمه هو وأصحابه بأمر النبى ﷺ، وقال رسول الله ﷺ: «إن أحق ما أخذتم عليه أجرأ كتاب الله»، ولأنه يجوز أخذ الرزق من بيت المال، فيجوز الأجر عليه، فإنه بمعناه.

ولأنه قد يحتاج إلى الاستئابة فى الحج عمن وجب عليه، وعجز عن فعله، ولا يوجد من يتبرع به. ولنا ما روى أحمد وإسحاق بن راهويه وابن أبى شيبه وعبد الرزاق من حديث عبد الرحمن بن شبل قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «اقرأوا القرآن ولا تأكلوا به ولا تحفوا عنه ولا تغلوا فيه ولا تستكثروا به».

وما روى أبو داود وابن ماجه عن عباده بن الصامت قال: علمت ناساً من أهل الصفة القرآن وأهدى إلى رجل منهم قوساً، فقلت: ليست بمال وأرمى بها فى سبيل الله، فسألت النبى ﷺ عن ذلك، فقال: إن أردت أن يطورك الله طوقاً من نار فاقبلها، وفى رواية: فقلت: ما ترى فيها يا رسول الله؟ فقال: جمرة بين كتفيك تقلدتها أو تعلقتها.

وروى أصحاب السنن الأربعة بطرق مختلفة، فلفظ أبى داود والنسائى عن عثمان بن أبى العاص قال: "قلت: يا رسول الله ﷺ! اجعلنى إمام قومى، قال: أنت إمامهم، واتخذ مؤذناً لا يأخذ على أذانه أجراً".

وروى الترمذى فى جامعه مسنداً إلى الحسن بن عثمان بن أبى العاص قال: إن آخر عهد إلى رسول الله ﷺ أن أتخذ مؤذناً لا يأخذ على أذانه أجراً.

وحديث التزويج ليس فيه تصريح بأن التعليم صداق، فلعله زوجها بغير صداق إكراماً له، كما زوج أبا طلحة أم سليم على إسلامه، فإن النكاح يصح بدون ذكر المهر، ومع ذلك يجب مهر المثل، وتكون الباء مكان اللام، أى لما معك من القرآن، أو لعل المرأة، وهيئتها له باعتبار ذلك.

ومعنى قوله: أحق ما أخذتم عليه أجر كتاب الله الجعالة فى الرقية؛ لأن ذلك فى جزاء سياق الرقية، ودائرة الجعالة أوسع من دائرة الإجارة، ولهذا يجوز مع جهالة العمل والمدة، دون الإجارة، أو لأن المأخوذ منه، قطع الغنم كان كافراً غير مستأمن، فجاز أخذ ماله، أو إن حق الضعيف واجب ولم يضيفهم، وأن الرقية ليست بقراءة محضة، فجاز أخذ الأجرة عليها.

كما في عامة المعتررات أى في هذا الزمان

والفتوى^(١) اليوم على جواز الاستئجار لتعليم القرآن،

كالزمار والطبل

أخذ أجرة

ولا يجوز^(٢) على الغناء والنوح والملاهي، وفسد^(٣) إجارة

وأما الرزق من بيت المال، فيجوز لمن يتعدى نفعه؛ لأن بيت المال من مصالح المسلمين، فجرى مجرى الوقف عليهم، بخلاف الأجرة.

وأما الاستئابة عن الحج فلأمر ثواب الإنفاق، وبه يسقط القرض عنه، فيكون الأجرة للخدمة، أو لقطع المسافة، وعلى تقدير أن الأفعال تقع عن الأمر لا تكون إجارة على الحج، بل إنفاقاً عن النائب. (شرح النقاية)

(١) قوله: "والفتوى" وهذا على مذهب المتأخرين من مشايخ بلخ، استحسنوا ذلك، وقالوا: بنى أصحابنا المتقدمون الجواب على ما شاهدوا من قلة الحفاظ، ورغبة الناس فيهم، وكانت لهم عطيات من بيت المال، واقتفاد من المتعلمين في مجازاة الإحسان بالإحسان من غير شرط مروءة يعينونهم عن معاشهم ومعادهم، وكانوا يفتون بوجوب التعليم خوفاً من ذهاب القرآن، وتحريضاً على التعليم حتى ينهضوا لإقامة الواجب، فتكثر حفاظ القرآن.

وأما اليوم فذهب ذلك كله، وانقطعت العطيات من بيت المال بسبب استيلاء الظلمة، واشتغل الحفاظ بمعاشهم، وقلما يعلمون الحسبة، ولا يتفرغون له أيضاً، فإن حاجتهم تمنعهم من ذلك، فلو لم يفتح باب التعليم بالأجر لذهب القرآن، فأفتوا بجوازه لذلك، ورأوا حسناً، وقالوا: الأحكام قد تختلف باختلاف الزمان.

ألا يرى أن النساء كن يخرجن إلى الجماعات في زمانه عليه الصلاة والسلام وزمان أبي بكر الصديق رضي الله عنه حتى منعهن عمر رضي الله تعالى عنه، واستقر الأمر عليه، وكان ذلك على الصواب، كما في "التبيين".

وفي "النهاية": يفتى بجواز الاستئجار على تعليم الفقه أيضاً في زماننا. (المجمع)
قال العبد الضعيف: وسمعت محمود الأساتذة أنهم وإن أفتوا بجواز هذه الإجازات، لكنها عارية عن الأجور أيضاً، فمن أجر نفسه لهذه، نجاً كفافاً لاله، ولا عليه، فاز فوزاً عظيماً. (عز)

(٢) قوله: "ولا يجوز" قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسيبجي في "شرح الكافي": "ولا تجوز الإجارة على شيء من الغناء والنوح والمزامير والطبل وشيء من اللهو، ولا على الهداء، وقرأة الشعر، ولا غيره، ولا أجر في ذلك، وهذا كله قول أبي حنيفة، وأبي يوسف ومحمد؛ لأنه معصية ولهو ولعب، والاستئجار على المعاصي واللعب لا يجوز؛ لأنه منهي عنه، وقد أخرج أصحاب السنن عن مسلم بن إبراهيم قال: حدثنا سلام بن مسكين عن شيخ شهداء بأوائل في وليمة، فجعلوا العيون فحل أبو وائل حياته، وقال: سمعت عبد الله يقول: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «الغناء يثبت النفاق في القلب كما يثبت الماء البقل». (الشلبى)

(٣) قوله: "وفسد" اعلم إما أولاً فصورة إجارة المشاع أن يؤجر نصيباً من داره، أو نصيبه من دار مشتركة من غير شريكه، أو من أحد شريكه.

المشاع إلا من الشريك، وصح^(١) استئجار الظئر بأجرة معلومة،
 وبطعامها^{أى وصح بطعامها} وكسوتها، ولا يُمنع^(٢) زوجها من وطئها، فإن

وأما ثانيًا فالمراد بالشيوع الشيوع الأصلي - هو كالصورة المتقدمة - لا الطارئ، كما إذا استأجر دارًا منها، فمات أحدهما، انتقضت الإجارة في حصة الميت، وتبقى في حصة الحي (لأن الطارئ لا يفسد الإجارة في ظاهر الرواية، وعنه يفسدها).
 وعندهما تصح إجارة المشاع مطلقًا، سواء أجز نصيبه شريكه أو غيره؛ لأنه نوع عملي، فيجوز كالبيع، وبه قال الشافعي ومالك.
 وأما ثالثًا: فإن المشايخ اختلفوا على قول الإمام، فقيل: لا ينعقد حتى لا يجب أجر المثل، وهو الصحيح.

وأما رابعًا: فما احتجوا به أن للمشاع منفعة، وماله منفعة يرد عليه عقد الإجارة؛ لأنه عقد على المنافع، فكان المقتضى موجودًا، والمانع وهو عدم القدرة على التسليم منتفٍ، لأنه ممكن بالتخيلة، أو التهاؤ، ولهذا يجب أجر المثل عند أبي حنيفة رحمه الله، فلو لم يكن له منفعة لما وجب شيء، كما إذا أجز جحشًا أو سجة.

وأجيب عنه بمنع انتفاء المانع، بأن تسليم المشاع وحده لا يتصور؛ لأن التسليم إنما يتم بالقبض، والقبض أمر حسي، لا يرد إلا على المعين، والمشاع غير معين، والتخيلة اعتبرت تسليمًا لوقوعه تمكينًا من الانتفاع، وهو الفعل الذى يحصل به التمكن، ولا تمكن فى المشاع؛ لأن المنفعة كالركوب، والسكنى أمر حسي لا يد له من محل حسي، والمشاع ليس بذلك، وإذا لم يحصل التمكن لم يعتبر فعله تمكينًا، والتهاؤ يستحق حكمًا للعقد بواسطة الملك؛ لأنه إنما يستحق حكمًا للملك المنفعة، وملك المنفعة حكم العقد، وحكم الشيء يتأخر عنه، والقدرة على التسليم شرط العقد، وشرط الشيء يتقدم.
 وأما خامسًا: فوجه جوازه من الشريك أن كل الانتفاع يحصل على ملكه؛ لأنه سكن جميع الدار، فقد استوفى نصيبه بملكه، ومنفعة نصيب صاحبه بالإجارة، فلا شيوع، والاختلاف فى نسبته لا يضره على أنه لا يصح على رواية الحسن عنه.

وأما سادسًا: فإن أقوالهم اختلفت على المفتى به من المذهب، ففى "المغنى": الفتوى فى إجارة المشاع على قولهما، وفى "الخانية" وغيرها: الفتوى على قول الإمام، وبه جزم أصحاب المتون والشروح، فكان هو المذهب، كما فى "المنح" (عز).

(١) قوله: "وصح" والقياس أنه لا يصح كإجارة البقرة أو الشاة لشرب لبنها، وإجارة البستان ليأكل ثمرة إلا أنها صحت لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضُكُمْ قَاتُوهُمْ أَجُورُهُمْ﴾، والمراد بعد الطلاق، ولأن ذلك كان قبل النبى ﷺ فأقرهم عليه، والإجماع دلالة على ذلك. (شرح النقاية)

(٢) قوله: "وبطعامها" أى وصح استئجارها بطعامها وكسوتها عند أبى حنيفة، وقالوا: لا يجوز وهو قول الشافعي، وهو القياس؛ لأن الأجرة مجهولة، فصار كما إذا استأجرها بهما للطبخ والخبز.
 وله أن الجهالة هنا لا تفضى إلى المنازعة؛ لأن العادة جرت بالتوسعة على الإظهار شفقة على

الظئر الإجارة أى على الظئر
 حبلت، أو مرضت فسخت^(١)، وعليها^(٢) إصلاح طعام
 أى فإن أرضعت الظئر الصبي في المدة. أو غذته بطعام لها
 الصبي، فإن^(٣) أرضعته بلبن شاة، فلا أجر.

لدى رجل نساج إلى استأجر أحدًا إلى بيته
 ولو^(٤) دفع غزلا لينسجه بنصفه، أو استأجره ليحمل

الأولاد، ولا يستأجرها، بل يعطيها ما طلبت، ويوافقها على مرادها، والجهالة إذا لم تفضل إلى
 المنازعة لا تمنع الصحة، كبيع قفيزة من صبرة طعام، بخلاف الطبخ والخبز وغير ذلك؛ لأن الجهالة فيها
 تنقضي إلى المنازعة، فجريان المماكسة والمضايقة فيها. (الزيلعي والعيني)

(٣) قوله: "ولا يمنع" لأن الوطاء حقه، فلا يتمكن من إبطاله، لكن يمنع من الوطاء في منزل
 المستأجر؛ لأن المنزل حقه. (الكشف)

(١) إذا خافوا على الصبي من لبنها؛ لأن لبن الحامل يفسد الصبي.

(٢) قوله: "وعليها" لأن خدمة الصبي واجب عليها، وهذا منه غرقًا، وهو معتبر فيما لا نص
 فيه، وغسل ثيابه منه، والطعام والثياب على الولد، وما ذكره محمد رحمه الله من أن الدهن والريحان
 على الظئر، فهو عادة على الكوفة. (الزيلعي)

(٣) قوله: "فإن" قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسيبي في "شرح الكافي": "ولو استأجر
 طئر الترضع صبيًا في بيتها، فجعلت توجره بلبن الغنم، وتغذوه بكل ما يصلحه حتى استكمل الحولين،
 ولها لبن لم ترضعه منه بشيء، أو ليس لها لبن، فلا أجر لها؛ لأنها لم ترضعه أشار إلى أن الإرضاع ما
 يقع بلبن آدمي.

وما رواه يكون طعامًا، ولا يكون إرضاعًا، فلم تأت المستحق عليها، فلا تستحق الأجر، فإن
 جحدت ذلك، وقالت: أرضعته، فالقول قولهما مع يمينها؛ لأن الظاهر أن الصبي لا يبقى إلا إذا أرضع
 بلبن آدمي، فكان القول قولها إلا أن تقوم البينة على خلاف ذلك، فيؤخذ بها؛ لأنها أقوى، وإن أقاما
 جميعًا البينة أخذت بنيتها؛ لأنها تثبت استحقاق الأجر عليه، وإن استأجرت له ظئرًا، فإن أرضعته كان
 مثل هذا في القياس، ولكنني أستحسن أن يكون لها الأجر، وجه القياس أن المعقود عليه إرضاعها، وقد
 فقد وجه الاستحسان أن المعقود عليه فعل الإرضاع فإذا أتت بنفسها أو بنائبتها تستحق الأجرة، كما في
 الحياطة وأشباهها، وتتصدق بالفضل عنها إذا أخذت زيادة لا على عمل منها. (الشلبلي)

(٤) قوله: "ولو" هذه ثلاث مسائل تتحد حكمًا، وهو عدم جواز الإجارة: الأولى: أن رجلا
 دفع إلى نساج غزلا لينسجه ثوبًا بنصف الثوب، أو ثلثه بأن جعل نصف الثوب أو ثلثه أجرة الأجير.
 والثانية: أن رجلا استأجر رجلا ليحمل طعامه إلى بيته بقفيز من الطعام المحمول، بأن جعل قفيزًا
 من الطعام المحمول أجرته.

والثالثة: إن رجلا استأجر خبازًا ليخبز له اليوم دقيقًا وزنه بكذا درهمًا.

أما الأولى والثانية فلائنه جعل الأجرة بعض الخارج من عمله، فصار في معنى قفيز الطحان، وقد

بأن جعل القفيز أجرة

من الدقيق

طعامه بقفيز منه، أو ليخبز له كذا اليوم بدرهم، لم يجز^(١)،

أي يفلها للحرث.

وإن استأجر أرضاً على أن يكربها^(٢)، ويزرعها لو يسقيها

من كربت النهر بالفتح أى حضرته

المستأجر بالإجارة

التجارية^(٣)، فإن^(٤) شرط أن يثنيها^(٥)، أو يكرى أنهارها،

أى لا يصح فى المسائل الأربع

أو يسرقنها^(٦)، أو يزرعها بزراعة أرض أخرى لا، كإجارة^(٧)

نهى النبي ﷺ عنه، أخرجه الدارقطني، ثم البيهقي، وأخرجه أبو يعلى الموصلي فى "مسنده"، وعبد الحق فى "أحكامه".

وهو: أن يستأجر ثوراً ليطحن الحنطة بقفيز من دقيقه، والمعنى أن المستأجر عاجز عن تسليم الأجر، وهو بعض المسجوج، أو المحمول، وحصوله بفعل الأجير، فلا يعد قادراً بقدرة غيره.

وفيه أن الأجرة إنما تجب بعد تسليم العمل، وعند ذلك هو قادر بقدرة نفسه إلا أن يقال: إن وجوب الأجرة، وإن ثبت بعد تسليم العمل لكنه مستنداً إلى أصل العقد، فلا بد من القدرة عنده.

وأما الثالثة ففيه خلافهما، هما يقولان أن العقود عليه العمل، وذكر اليوم للاستعجال احتيالا لتصحیح العقد، وهو يقول أن العقود عليه مجهول؛ لأن ذكر اليوم يوجب كون المنفعة معقوداً عليها، وذكر العمل يوجب كونه معقوداً عليه، ولا ترجيح، ونفع المستأجر فى الثانى، حتى لا يجب عليه الأجر إلا بتسليم العمل، ونفع الأجير فى الأول لاستحقاقه الأجر بتسليم نفسه فى اليوم، وإن لم يعمل فيه، فيقضى إلى المنازعة (عز)

(١) وإن حمل فله أجر مثله لا يجاوز بالأجر قفيزاً.

(٢) من كرب الأرض إذا أصلحها بالمحراث، ثم زرعها، ومضارعه يكرب من باب نَصَرَ يَنْصُرُ، ومادته كاف وراء وباء موحدة. (العينى)

(٣) لأن الزرع لا يتأتى إلا بما ذكر، فذكره لا يفسد العقد؛ لأنه من مقتضياته.

(٤) قوله: "فإن" هذه أربع مسائل تتحد فى عدم جواز عقد الإجارة: الأولى: أن رجلاً استأجر أرضاً ليزرعها، وشرط عليه صاحب الأرض أن يثنيها المستأجر، والثانية: أنه استأجر أرضاً ليزرعها، وشرط عليه صاحب الأرض أن يكرى أنهارها أى يحفرها، والثالثة: بشرط أن يسرقها، أى يجعل فيها السرقة، والرابعة: أن رجلاً استأجر أرضاً ليزرعها، وجعل أجرها زراعة أرض أخرى.

أما عدم الجواز فى الثلاثة الأول فلأن أثر التثنية وكرى الأنهار والسرقة يبقى بعد مضى عقد الإجارة، فيكون عقداً فيه نفع لصاحب الأرض، وهو شرط لا يقتضيه العقد، فيفيد، وأما الأخيرة فلأنه يكون بيع الشيء بجنسه نسيتاً وهو حرام، كما عرف فى موضعه، وفرغنا من تحقيقه فيما قبل. (عز)

(٥) من الاثناء، وهو أن يعيد الحرث بالمحراث بعد الحرث الأول مبالغة فيه. (العينى)

(٦) من سرقنت الأرض إذا جعلت أى الأرض فيها السرقة.

السكنى بالسكنى.

وإن استأجره^(١) لحمل طعام بينهما، فلا أجر له كراهن
 استأجر الرهن من المرتهن، فإن استأجر^(٢) أرضاً، ولم يذكر أنه
 أي أو لم يذكر أنه أي... إلخ
 يزرعها، أو أى شيء يزرع، فزرعها، ومضى^(٣) الأجل، فله^(٤)

(٧) قوله: "كإجارة [أى كما لا يجوز إجارة... إلخ]" يعنى لا يجوز إجارة السكنى بالسكنى؛
 لأن الجنس بانفراده يحرم النساء. (التكملة)

(١) قوله: "وإن استأجر" مسألتان متحدتان فى عدم وجوب الأجر: الأولى: إن طعاماً كان
 مشتركاً بين شريكين، فاستأجر أحد الشريكين صاحبه لحمله، لا يستحق الحامل الأجر، خلافاً
 للشافعى.
 ولنا أنه ما من جزء يحمله إلا وهو شريك فيه، فيكون عاملاً لنفسه، فلا يتحقق التسليم، والثانية أن
 المرتهن استأجر الراهن لحمل المهرهون لا يستحق الراهن الأجر من المرتهن؛ لأنه ملكه، والمرتهن ليس
 بمالك ليوجره.

فإن قلت: لما كان المحمول مشتركاً، كان الحمل مشتركاً أيضاً، قلت: يستحيل وقوع الحمل مشتركاً
 لأنه عرض لا يتجزأ، غاية الأمر أنه يمكن جعله عاملاً للغير بتمام عمله، لكن جعله عاملاً لنفسه أولى؛
 لأن الأصل أن يعمل الإنسان لنفسه. (عز)

(٢) قوله: "فإن استأجر" هذه المسألة من مسائل "الجامع الصغير"، وصورتها: فيه محمد عن
 يعقوب عن أبى حنيفة فى الرجل يواجر الأرض، ولم يسم أنه يزرع فيها شيئاً، قال: الإجارة فاسدة،
 فإن اختصما قبل أن يعمل فيها أفسدتها، وإن زرعتها، ومضى الأجل، فله الأجر الذى سمي، إلى هنا
 لفظ أصل "الجامع الصغير".

وكان القياس أن يذكر هذه المسألة فى أول ما يجوز من الإجارة عند ذكر مسألة القدورى، وهى
 قوله: ويجوز استئجار الأراضى للزراعة، ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها، ولكن مع هذا لا
 يحمل المسألة على التكرار؛ لأن فى مسألة "الجامع الصغير" فائدة، وهى قوله: وإن زرعتها، ومضى
 الأجل، فله الأجر الذى سمي. (الشلبى)

(٣) أو لم يمض فالتقيد بالمضى ليس؛ لأنه شرط انقلاب العقد صحيحاً، بل لتوجه طلب
 الأجرة؛ لأنه إنما يتوجه بعد مضى الأجل، وفيه تقدم أنه من المصنف رحمه الله فى أوائل كتاب الإجارة
 أن لرب الدار والأرض طلب الأجر كل يوم، إلا أن يقال: إن مراد الشارح بالأجل الطلب لا أصل عقد
 الإجارة، فليراجع. (الكشف وحاشيته)

(٤) قوله: "فله" لأن الأرض تستأجر للزراعة، وبغيرها من البناء والمراح ونصب الخيم، وكذا
 ما يزرع فيها مختلف فبعضه أقل ضرراً بها من بعض، فلا يجوز حتى يبين أنه يزرعها، ويبين جنس ما

المسمى، وإن استأجر حماراً إلى مكة، ولم يسم ما يحمل^(١)،
 على مثله عادة أى هلك فى الطريق الحمار معه أى فله المؤجر
 فحمل ما يحمل الناس، فنفق لم يضمن^(٢)، وإن بلغ مكة، فله
 استحساناً أى تنازعا وتخاصما أى المؤجر والمستأجر فى المسألة السابقة
 المسمى، فإن^(٣) تشاحا^(٤) قبل الزرع والحمل^(٥) نقضت الإجارة
 دفعاً^(٦) للفساد.

يزرع فيها، فإن زرعها ومعنى الأجل جاز استحساناً، والقياس أن لا يجوز، وهو قول زفر؛ لأنه وقع فاسداً، فلا يتقلب جائزاً، وجه الاستحسان أن الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد، فينقلب جائزاً، كما إذا أسقط الأجل المجهول قبل مجيئه، والخيار الزائد على ثلاثة أيام قبل مجيء اليوم الرابع، وهما على الخلاف. (الزيلعى)

(١) عليه فالإجارة فاسدة، فإذا حمل . . . إلخ.

(٢) قول: "لم يضمن" لأن العين أمانة فى يده، وإن كانت الإجارة فاسدة؛ لأن الفاسد يعتبر بالصحيح لكونه مشروعاً من وجه، فلا يضمن ما لم يتعد، فإذا تعدى ضمن، ولا أجر عليه. (التكملة)

(٣) فإن قال المؤجر: أزرع فيها البر أو احمل عليه برّاً، وقال المستأجر: بل أزرع فيها رطبة أو حمل عليه حديثاً. (الكشف)

(٤) قوله: "وإن تشاحاً أى وإن اختصما، أى المؤجر والمستأجر قبل الزرع فى مسألة استئجار الأرض بلا ذكر الزرع، وقبل الحمل فى مسألة استئجار الحمار، نقضت الإجارة للفساد؛ لبقاء قبل ارتفاع الجهالة بالتعين ما يزرع فى المسألة السابقة، وبالحمل فى هذا، فلما اختصما بعد الزرع أو الحمل، لا يقضى بنقض العقد؛ لعدم الإمكان، بل يبقى على ما كان، فلا يندفع الفساد فى المسألة السابقة إلا بمضى الأجل، وبالبلوغ فى المسألة الثانية.

(٥) أى وقبل الحمل على الحمار فى هذه المسألة.

(٦) قوله: "دفعاً" الأولى أن يقول: رفعاً بالراء لا بالdal؛ لأن الدفع بالدال قبل التحقيق والثبوت، والرفع بعده، وهو المناسب هنا. (الطحطاوى بحذف)

وهو من يؤجر نفسه ، وهو على كل نوعين

باب^(١) ضمان الأجير

أى وصفته أنه لا الخ

الأجير^(٢) المشترك من^(٣) يعمل لغير واحد، ولا

يستحق^(٤) الأجر حتى يعمل، كالصباغ والقصار، والمتاع^(٥)

(١) قوله : "باب" لما فرغ من ذكر أنواع الإجارة صحيحها وفاسدها، شرع فى بيان الضمان؛ لأنه من جملة العوارض التى تترتب على عقد الإجارة، فيحتاج إلى بيانه . (الشلبى)

(٢) قوله : "الأجير" قال المصنف : والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دورى . . . اهـ.

قلت : إنما قدمه لكثرتة، أو لكثرة الانتفاع به، قال الحموى : ولما كان له أن يعمل لأشخاص لكون المعقود عليه عمله، أو أثرهسمى مشتركاً . (الطحطاوى)

(٣) قوله : "من" معناه أن لا يختص بواحد عمل لغيره، أو لم يعمل، ولا يشترط أن لا يكون عاملاً لغير واحد، بل إذا عمل لواحد أيضاً فقط، فهو مشترك إذا كان لا يمتنع، ولا يتعذر عليه أن يعمل لغيره، والأوجه أن يقال : الأجير المشترك من يكون عقده وارداً على عمل معلوم ببيان محله ليسلم من النقص، والأجير الخاص من يكون العقد وارداً على منافعه، ولا تصير منافعه معلومة إلا بذكر المدة، أو بذكر المسافة، ومنافعه فى حكم العين، فإذا صارت مستحقة بعقد المعاوضة لإنسان لا يتمكن من إيجابها لغيره، بخلاف الأجير المشترك؛ لأن المعقود عليه فيه هو الوصف الذى يحدث فى العين بعمله، فلا يحتاج إلى ذكر المدة، ولا يمتنع عليه تقبل مثل ذلك العمل من غيره؛ لأن ما استحقه الأول فى حكم الدين فى ذمة . (المجمع وز)

(٤) قوله : "ولا يستحق" يعنى الأجير المشترك لا يستحق الأجرة إلا إذا عمل؛ لأن الإجارة عقد معاوضة تقتضى المساواة بينهما، فما لم يسلم المعقود عليه للمستأجر لا يسلم له العوض، والمعقود عليه هو العمل، أو أثره، فلا بد من العمل . (الزيلعى بحذف)

(٥) قوله : "والتاع" أى والمتاع فى يده، أى فى يد الأجير أمانة لا يضمن إن هلك المتاع من غير فعله عند الإمام، وهو قول زفر وحسن بن زياد قياساً، سواء هلك بأمر يمكن التحرز عنه، كالسرقة والغصب، أو لا يمكن التحرز عنه، كالخريق الغالب، والعدو المكابر؛ أن العين أمانة فى يده لحصول القبض بإذنه، فلا يكون الحفظ مقصوداً بالذات، ولذا لا يقابله الأجر؛ لأن الجر بمقابلة العمل أو الوصف، بخلاف المودع بأجر؛ لأن الأجر بمقابلة العمل أو الوصف، بخلاف المودع بأجر؛ لأن حفظه مقصود حتى يقابله الأجر . (المجمع)

من غير تعدد مبتدأ، أى المتاع الذى

فى يده غير مضمون بالهلاك، وما^(١) تلف بعمله، كتخريق

الثوب من دقه وزلق الحمال، وانقطاع جبل يشد به الحمل^{المكروى}

وغرق السفينة من مده مضمون، ولا يضمن^(٢) به بنى آدم،^{فى الجميع، خير}

الرافد العظيم لا يقعد إلا أن يحفر له، جمعه دنان

فإن انكسر^(٣) دن فى الطريق، ضمن الحمال قيمته فى مكان

(١) قوله: "وما" أى والذى تلف بعمل الأجير المشترك مضمون، كما إذا استأجر قصاراً للغسل الثوب، فخرق الثوب من دقه على الخشب، أو الحجر، أو استأجر حملاً ليحمل له، وكذا إلى موضع كذا، فحملة فزلق الحمال فى الطريق، أو انقطع حبله الذى يشد به الحمل، أو استأجر سفينة ليحمل عليه متاعه، فغرقت السفينة من يد الملاح، خلافاً لزفر والشافعى؛ لأنه أمره بالفعل مطلقاً، فيستظم بنوعيه المعيب والسليم.

ولنا أن الإذن إنما يثبت ضمناً للعقد، والعقد إنما انعقد على المعقود عليه السليم، كما هو مقتضى عند المعاوضة، فالعمل المفسد غير معقود عليه، فلا يكون مأذوناً.

وقوله: عمله شامل لعمله بنفسه ولعمل أجيره؛ لأنه عمله حكماً، قال فى "المحيط"، ثم الأجير المشترك إنما يضمن ما تلف فى يده بشرائط ثلاثة: الأول: أن يكون فى قدرته دفع ذلك الفساد، فلو لم يكن له قدرة على ذلك، كما غرقت السفينة من موج أو ريح، أو جبل صدمها، لا ضمان على الملاح. الثانى: أن يكون محل العمل مسلماً عليه بالتخية، فلو لم يكن محل العمل مسلماً إليه، بأن كان رب المتاع فى السفينة، أو وكيله، فانكسرت السفينة بجذب الملاح لم يضمن.

وأما الثالث: وهو أن يكون المضمون مما يجوز أن يضمن بالعقد، فلو استأجر دابة الحمل عبد صغير أو كبير، فلا ضمان على المكارى فيما عطب من سوقه أو قوده (عز)

(٢) قوله: "ولا يضمن" يعنى ممن غرق فى السفينة أو سقط من الدابة وإن كان بسوقه وقوده؛ لأن ضمان آدمى لا يجب بالعقد، وإنما يجب بالجناية، ولهذا لا تتحملة العاقلة إلا إذا كان بالجناية، وقيل: هذا إذا كان كبيراً ممن يستمسك على الدابة ويركب وحده، وإلا فهو كالممتاع، والصحيح أنه لا يفرقه (ز)

(٣) قوله: "فإن انكسر" أى إن استأجر حملاً ليحمل له دنًا على ظهره، أو دابته إلى موضع معلوم بأجر معلوم، فحمل ثم انكسر الدن فى بعض الطريق، فالمالك بالخيار، إن شاء ضمنه قيمته فى المكان الذى حملة منه، ولا أجر له، وإن شاء ضمنه قيمته محمولاً فى الموضع الذى انكسر، وأعطاه أجره بحسابه.

أما الضمان فلأنه تلف بفعله؛ لأن الداخل تحت العقد عمل سليم، والمفسد غير داخل، فيضمن على ما بينا، وأما الخيار فلأنه إذا انكسر فى الطريق، والحمل شئ واحد تبين أنه وقع تعدداً من الابتداء من هذا الوجه.

فيه الدن

حملة، ولا أجر له، أو في موضع انكسر وأجره حسابه.

ولا يضمن^(١) حجام، أو بزاغ، أو فصاد إن لم يتعد
أى بيطار، والنزع خاص بالبهائم أى لم يتجاوز

الموضع المعتاد، والخاص^(٢) يستحق الأجر بتسليم نفسه^(٣) في

المدة^(٤)، وإن لم يعمل، كمن^(٥) استؤجر شهراً للخدمة، أو
مثال للأجير الخاص بدرهم غير المعينة

لرعى الغنم، ولا يضمن^(٦) ما تلف في يده أو عمله.
هذا من أحكام الأجير الخاص كتنخيق الثوب من دقة إذا تعدد الإتلاف

وله وجه آخر: وهو أن ابتداء الحمل حصل بأمره، فلم يكن تعدياً، وإنما صار تعدياً عند الكسر، فيميل إلى أى الجهتين شاء، فإن مال إلى كونه متعدياً، ضمن قيمته في الابتداء، ولا يجب الأجر؛ لأنه تبين أنه كان متعدياً من الابتداء، وإن مال إلى كونه مأذوناً فيه في الابتداء، وإنما صار متعدياً عند الكسر ضمنه قيمته في موضع الكسر، وأعطاه أجرته بحسابه.

هذا إذا كان الكسر بصنعه، بأن زلق أو عثر، وإن كان من غير صنعه بأن زحمة الناس فانكسر، فلا يضمن عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه؛ لأن المتاع أمانة عنده، وعندهما يضمن قيمته في موضع الكسر؛ لأنه تسليم العمل باتصاله بملكه، فيعطيه أجرته، ولا يخير في هذه الصورة عندهما؛ لأن العين تكون مضمونة على الأجير المشترك عندهما. (الزيلعى)

(١) قوله: "ولا يضمن" لأنه التزمه بالعقد، فصار واجباً عليه، والفعل الواجب لا يجامعه الضمان، كما إذا حد القاضى، أو عزّر، ومات المضروب بذلك، إلا إذا كان يمكنه التحرز عن ذلك كدق الثوب، فأمكن تقيده بالسليم، بخلاف الفصد ونحوه، فإنه يبتنى على قوة الطبع وضعفه، ولا يعرف ذلك بنفسه، ولا يحتمله الجرح، فلا يمكن تقييده بالسليم، وهو غير السارى، فسقط اعتباره إلا إذا جاوز المعتاد، فيضمن الزائد.

هذا كله إذا لم يهلك، وإن هلك يضمن نصف دية النفس؛ لأنه هلك بمأذون وغير مأذون، فيضمن بحسابه، حتى لو أن الختان قطع الحشفة وهو عضو كامل، يجب عليه الدية كاملة، وإن مات وجب نصف الدية، وهى من أندر المسائل، وأغربها، حيث يجب الأكثر بالبرء، وبالهلاك الأقل. (التكملة)

(٢) مرّ تعريف الأجير الخاص فتذكر.

(٣) لأن المعقود عليه إنما هو المنافع لا العمل، وتسليم المنافع بتسليم العين، كما في فصل الدار.

(٤) أى في مدة العقد، سواء عمل أو لم يعمل مع التمكن بالإجماع.

(٥) قوله: "كمن" أعلم أنه إذا استأجره ليرعى غنمه بدرهم شهراً فهو أجير مشترك إلا إن قال: ولا ترعى غنم غيرى، فهو أجير وحده إذا ذكر المدة أولاً، بأن استأجره ليرعى غنمه شهراً بدرهم، فهو أجير وحداً إلا إذا قال: ولا ترعى غنم غيرى. (الكفاية)

هذا من أحكام الأجير الخاص كتنسيق الثوب من دقة إذا تعمد الإلتفاف

لرعى الغنم، ولا يضمن^(١) ما تلف في يده أو عمله.

باب الأجرة^(٢) على أحد الشرطين

وصح^(٣) ترديد الأجر بترديد العمل في الثوب نوعاً وزماناً

في الأول، وفي الدكان والبيت والدابة مسافة وحملًا.

(١) قوله: "فلا يضمن [الأجير الخاص]" أما الأول: فلأن العين أمانة في يده؛ لأنه قبضها بإذنه، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ظاهر، وكذا عندهما؛ لأن تضمين الأجير المشترك كان نوع استحسان عندهما صيانة لأموال الناس؛ لأنه يتقبل الأعمال من خلق كثير رغبة في كثرة الأجرة، وقد يعجز عن القيام بها، فيقعد عنده طويلاً، فيجب عليه الضمان إذا هلك بما يمكن التحرز عنه حتى لا يتوانى حفظها، وأجير الواحد يعمل في بيت المستأجر، ولا يتقبل الأعمال من غيره، فأخذ فيه بالقياس.

وأما الثاني: فلأن المنافع صارت مملوكة للمستأجر، فإذا أمره بالصرف إلى ملكه صح، وصار نائباً منابه، فصار فعله منقولاً إليه كأنه فعله بنفسه. (الزيلعي)

(٢) هذه العبارة لا توجد في كثير من النسخ المعتبرة الموجود عندنا، ولعلها من زيادة بعض النساخين.

(٣) قوله: "وصح" أي يجوز أن يجعل الأجر متردداً بين تسميتين بجعل العمل متردداً في الثوب بين نوعي العمل، بأن يجعل له الخيار فيهما مثل أن يقول: إن خطته فارسياً فبدرهم، وإن خطته رومياً فبدرهمين.

أو يجعل العمل فيه متردداً بين زمانين، مثل أن يقول: إن خطته اليوم فبدرهم، وإن خطته غداً فبنصف درهم، فإنه يجوز في اليوم الأول دون الثاني، وهو معنى قوله: وزماناً في الأول، أي في المتردد بين زمانين يجوز في الوقت الأول، أو يجعل المنفعة متردداً في دكان، بأن قال: إن سكنته حداً فبدرهمين، وإن سكنته عطاراً فبدرهم.

أو قال: ذلك في بيت أو يجعله متردداً بين مسافتين في الدابة أو بين حملين، بأن قال: أجرتك هذه الدابة إلى بغداد بكذا، وإلى الكوفة بكذا، أو بأن قال: له أجرتكها أنك إن حملت عليها فنتظاراً من حنطة فيخمسة، وإن حملت عليها فنتظاراً من حديد، فيعشرة.

وكذا لو خيره بين ثلاثة أشياء جاز، ولا يجوز أكثر من ذلك على ما بينا في البيوع، والمعتبر فيه البيع، والجامع دفع الحاجة، غير أنه لا يشترط اشتراط الخيار هنا، وفي البيع روايتان، والفرق على أحدهما أن الأجر لا يجب إلا بالعمل، وعند ذلك يصير المعقود عليه، وهو العمل معلوماً، وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد، فتتحقق الجهالة على وجه لا يرتفع إلا بإثبات الخيار، وفيه خلاف زفر والشافعي رحمه الله، وقد بيناه في البيوع. (الزيلعي)

باب إجارة العبد^(١)

ولا يسافر^(٢) بعبد استأجره للخدمة بلا شرط، ولا يأخذ^(٣)
 المستأجر من عبد محجور أجراً دفعه لعمله، ولا يضمن^(٤)

المستأجر فإن سافر به، فهللك ضمن أى بلا شرط السفر

أو صبي محجوراً استأجر من نفسه أى لأجل عمل العبد

(١) وهذه العبارة لا توجد أيضاً في النسخ الموجودة المعتمد عليها عندنا .

(٢) قوله : " ولا يسافر " لأن مطلق العقد يتناول الخدمة في الحصر، إذ هو الأعم الأغلب، وعليه عرف الناس، فانصرف إليه، إذ المطلق يقيد بمثل هذا من المتعارف، فلا يكون له أن ينقله إلى خدمة السفر؛ لأنه الأشق، فصار نظير ما لو استأجر فرساً للركوب وعين الراكب، فليس له أن يركب غيره للفتاوت .

وكذا لو استأجر داراً لسكنى، فإنه ليس له أن يسكن فيه حداً؛ لأنه أضر، ومطلق العقد لا يتناوله؛ ولأن مؤنة الرد على المولى، ويلحقه ضرر بذلك، فلا يملك إلا بإذنه، بخلاف العبد الموصى بخدمة، حيث لا يتقيد بالحضر؛ لأن مؤنته عليه، ولم يوجد العرف في حقه .

ولا يقال : مما ملك المستأجر منافع ينزل منزلة المولى فيه، وللمولى أن يسافر به، فكذا لهذا؛ لأننا نقول : إنما ملك المولى ذلك لأنه يملك رقبته لا الملك المنفعة، ألا ترى أنه للمولى أن يبيع رقبته، وأن يزوجه، ولا يملك المستأجر ذلك، فكذا ليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك، أو يكون وقت الإجارة متهيئاً للسفر، وعرف بذلك؛ لأن الشرط ملزم، والمعروف كالمشروط، ولو سافر به ضمن؛ لأنه صار غاصباً، ولا أجر عليه، وإن سلم؛ لأن الضمان والأجرة لا يجتمعان . (الزيلعي)

(٣) قوله : " ولا يأخذ " معناه لو استأجر شخص عبداً محجوراً عليه من نفسه، فعمل، وأعطاه الأجر ليس للمستأجر أن يأخذ منه، والقياس له أن يأخذه؛ لأن عقد المحجور عليه لا يجوز، فيبقى على ملك؛ لأنه بالاستعمال صار غاصباً له، ولهذا يجب عليه ضمان قيمته إذا هلك، ومنافع المصنوب لا يضمن عندنا، فيبقى المدفوع على ملكه، فكان له أن يسترده .

وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالماً، صار على اعتبار هلاك العبد، والنافع مأذون فيه، فيجوز، فخرج الأجرة عن ملكه، فليس له أن يسترده، وهذا لأن العبد محجور عن تصرف بضمير المولى، لا عن تصرف ينفع المولى، ألا ترى أنه يجوز قبوله الهبة بغير إذن المولى لكونه نفعاً في حق المولى .

وجواز الإجارة بعد ما سلم من العمل تمحض نفعاً في حق المولى؛ لأنها إذا جازت يحصل للمولى الأجر بغير ضرر، ولو لم تجز ضاع منافع العبد عليه مجاناً، فتعين القول بالجواز، فإذا جازت الإجارة صح قبض العبد الأجرة؛ لأنه العاقد، وقبض البذل إلى العاقد، ومتى صح قبضه لا يكون للمستأجر أن يسترده منه، بخلاف ما إذا هلك العبد في حالة الاستعمال، فإنه يجب على المستأجر قيمته، وإذا ضمن صار مالاً كآله من وقت الاستعمال فيصير مستوفياً منفعة عبد نفسه، ولا يجب عليه الأجر . (ز)

(٤) قوله : " ولا يضمن " معناه إذا غصب رجل عبداً، فأجر العبد نفسه، فأخذ الغاصب من يد

بمعنى الذى مفعول لا يضمن الغاصب
غاصب العبد ما أكل من أجره، ولو وجده ربّه أخذَه، وصح^(١)

قبض العبد أجره، ولو آجر عبده هذين الشهرين، شهراً بأربعة،
من غير تعيين دراهم رجل

وشهراً بخمسة، صح^(٢)، والأول بأربعة، ولو^(٣) اختلفا في
دراهم. العقد على الترتيب المذكور من الشهرين المؤجر والمستأجر

العبد الأجرة فأكله، فلا ضمان عليه عند الإمام؛ لأن الضمان إنما يجب بإتلاف مال محرز؛ لأن التقوم به، وهذا غير محرز في حق الغاصب؛ لأن العبد لا يحرز نفسه، فكيف يحرز ما في يده.

كما لو أجره الغاصب، فأخذ أجره، فأتلف، حيث لا ضمان عليه بالاتفاق قبل رده على المغصوب منه، أو تصدقه، وهو أولى لتطرق خبث فيه، خلافاً لهما، أى قالوا: يضمن؛ لأنه أكل مال المالك بغير إذنه؛ لأن الإجارة تعتبر صحيحة بعد الفراغ على ما مرّ، فيكون الأجر راجعاً إلى مولاه، ولو وجده سيده أخذَه في يد العبد أو غيره بالاتفاق؛ لأنه عين ماله، ولا يلزم من بطلان التقوم بطلان الملك. (المجمع والزليعى)

(١) قوله: "صح" أى لو قبض العبد أجرته من المستأجر، جاز قبضه بالإجماع؛ لأنه المباشر للعقد، وحقوق العقد ترجع إليه، وتصرفه نفع محض على ما مرّ في عبد غير مغصوب، فصح لكونه مأذوناً له في التصرف النافع، وفائدة هذا تظهر في حق خروج المستأجر عن عهدة الأجر، فإن الخروج من عهده يحصل بأداءه إلى العبد فيما إذا أجر العبد نفسه، فأما إذا أجره المولى، فليس للعبد ولاية قبض الأجرة؛ لأن العبد ليس بعاقِد، ولا بوكيل عن العاقِد، وحقوق العقد ترجع إلى العاقِد. (الزليعى والشلبى)

(٢) قوله: "صح" لأنه لما قال شهراً بأربعة ينصرف إلى ما يلي العقد، تحريماً للجواز، فينصرف الثانى إلى ما يلي الأول ضرورة. (المجمع)

(٣) قوله: "ولو" يعنى لو استأجر عبداً شهراً مثلاً، ثم قال المستأجر في آخر الشهر: أبى أو مرض فى المدة، وأنكر المولى ذلك، لو أنكر استناده إلى أول المدة، فقال: أصابه قبل أن تأتبنى بساعة يحكم الحال، فيكون القول قول من شهد له الحال مع يمينه؛ لأن القول فى الدعاوى قول من يشهد له الظاهر، ووجوده فى الحال يدل على وجوده فى الماضى، فيصلح الظاهر مرجحاً، وإن لم يصلح حجة. كما إذا اختلف فى جريان ماء الطاحون، وهذا إذا كان الظاهر يشهد للمستأجر فظاهر؛ لأنه لا إشكال فيه؛ لأنه ليس فيه إلا دفع الاستحقاق، والظاهر يصلح له، فإن كان يشهد للمؤجر، ففيه إشكال من حيث إنه يستحق الأجرة بالظاهر، وهو لا يصلح للاستحقاق.

وجوابه: أنه يستحق بالسبب السابق، وهو العقد، وإنما الظاهر يشهد على بقاء واستمراره إلى ذلك الوقت، فلم يكن مستحقاً بمجرد الظاهر، وهذا لأنهما لما اتفقا على وجود سبب الوجوب، فقد أقر بالوجوب عليه، وإذا أنكره يكون متعرضاً لنفيه، فلا يقبل إلا بالحجة، وعلى هذا لو أعتق جاريته، ولها ولد، فقالت: أعتقتنى قبل ولادتى، فهو حر، وقال المولى: : أعتقتها بعدها، فهو رقيق، فالقول قول من كان الولد فى يده؛ لأن الظاهر يشهد له. (التكملة)

أى جعل الحال حكم بينهما

إباق العبد ومرضه، حكم الحال، والقول^(١) لرب الثوب فى
القميص والقباء والحمرة والصفرة والأجر وعدمه.

(١) قوله: "والقول" يعنى إذا اختلف رب الثوب والصانع فى المخطط، بأن قال رب الثوب: أمرتك أن تعمله قباء، وقال الخياط: قميصاً، أو فى لون الصبغ، بأن قال صاحب الثوب: أمرتك أن تصبغه أحمر، فصبغته أصفر، وقال الصباغ: بل أمرتنى بصبغه أصفر، أو فى الأجرة، بأن قال صاحب الثوب: عملته لى بغير أجر، وقال الصباغ بأجر، كان القول فى الكل قول المستأجر.
أما إذا اختلفا فى الخياطة والصبغ؛ فلأن الإذن يستفاد من جهة رب الثوب، فكان أعلم بكيفيته، ولأنه لو أنكر الإذن بالكلية، كان القول قوله، فكذا إذا أنكر الوصف، إذ الوصف تابع للأصل، لكنه يحلف؛ لأنه ادعى عليه شيئاً لو أقر به لزمه، فإذا أنكره يحلف، فإذا حلف فالحياط ضامن، وصاحب الثوب مخير، إن شاء ضمنه قيمة الثوب غير معمول، ولا أجر له، أو قيمته معمولاً، فله أجر مثله، ولا يجاوز به المسمى على ما بينا من قبل؛ لأنه موافق من وجه، وهو فى أصل العمل مخالف من وجه فى الصفة، فيميل إلى أيهما شاء.

وأما إذا اختلفا فى الأجر، فلأن المستأجر منكر، تقوم عمله ووجوب الأجر عليه، والصانع يدعيه، فكان القول للمنكر، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: إن كان الصانع حريفاً له، أى معاملاً له، بأن كان يدفع إليه شيئاً للعمل، ويقاطعه عليه، فله الأجر، وإلا فلا؛ لأن ما تقدم منهما من المقاطعة يدل على أنه يعمل بأجر، فقام ذلك مقام الاشتراط؛ لأن العادة قد جرت بالدفع للعمل إلى من يخالطه من غير تسمية الأجر للعمل به.

وقال محمد: إن كان الصانع معروفاً بهذه الصنعة بالأجر، وقيام حاله بها كان القول قوله، وإلا فلا؛ لأنه لما فتح الدكان لأجله جرى ذلك مجرى التنصيص عليه اعتباراً لظاهر المعتاد، وقولهما استحسان، والقياس ما قاله أبو حنيفة رحمه الله؛ لأنه منكر، وما ذكره من الظاهر، لا يصلح حجة للاستحقاق، إذ الظاهر يصلح للدفع لا غير، ألا ترى أن ذا اليد يدفع المدعى باليد، ثم إذا بيعت بحيث ما فى يده دار لا يستحق به الشفعة؛ لما قلنا، والفتوى على قول محمد رحمه الله. (الزيلعى)

وهو نقضها

باب فسخ الإجارة^(١)

بالجر أى تفسخ الإجارة أيضاً بخراب الدار المستأجرة.

وتُفسخ بالعيب^(٢)، وخراب^(٣) الدار، وانقطاع ماء الضيعة
 أى وانقطاع ماء الرحى الإجارة بلا حاجة إلى الفسخ المؤجر أو المستأجر الإجارة
 والسرعى، وتُفسخ^(٤) بموت أحد المتعاقدين إن عقدها
 أى لا تفسخ الإجارة بموته
 لنفسه، وإن عقدها لغيره لا، كالوكيل والوصى والمتولّى فى
 الوقف، وتُفسخ^(٥) بخيار الشرط والرؤية^(٦) وبالعذر^(٧)، وهو

(١) ذكر الفسخ الآخر لأن فسخ العقد بعد وجود الاعقد لا محالة، فتنسب ذكره آخر.

(٢) قوله: "بالعيب [الذى أحل بالنفع كدبر الدابة ومريض العبد للخدمة]" لأن المعقود عليه يوجد شيئاً فشيئاً، فصار هذا عيباً حادثاً قبل القبض، فأوجب الخيار، كما فى البيع، ثم المستأجر إذا استوفى المنفعة، فقد رضى بالعيب، فيلزم جميع البدل، كما فى البيع، وإن أزال المؤجر العيب، فلا خيار للمستأجر. (الكشف)

(٣) قوله: "وخراب" أى تفسخ الإجارة بهذه الأشياء، وهذا يشير إلى أن الإجارة، لا تفسخ بهذه الأشياء، وقال بعضهم: تفسخ؛ لأن المعقود عليه، وهو المنافع المخصوصة قد فانت قبل القبض كهلاك المبيع قبل القبض، والأول أصح؛ لأن المنافع قد فانت على وجه يحتمل العود، فأشبه إباق المبيع قبل القبض أو المستأجر.

هذا وقد روى هشام عن محمد أنه لو استأجر بيتاً، فانهدم فبناه المؤجر، وأراد المستأجر أن يسكنه فى بقية المدة، ليس للمؤجر أن يمنعه عن ذلك، ولا للمستأجر أن يمتنع عنه، فهذا صريح فى عدم الانفاسخ، ولكنه يفسخ؛ ولأن أصل المكان صالح بعدم الانهدام للسكنى بضرب الفسقاط، فبقى العقد، لكن لا أجر له لعدم تمكنه من الانتفاع على الوجه الذى قصده بالاستئجار. (الكشف)

(٤) قوله: "وتفسخ" قال الإتقانى: وذلك لأن المؤجر إذا مات ينتقل الملك منه إلى ورثته، وعند الإجارة اقتضى استيفاء المنافع من ملك المؤجر، لا من ملك غيره، فلو بقى عقد الإجارة، يلزم استيفاء المنافع من ملك الغير، وهذا لا يجوز، وإن مات المستأجر، وعقد الإجارة لنفسه، فكل ماله من المال انتقل إلى ورثته، وعقد الإجارة اقتضى أن تستحق الأجرة من مال المستأجر لا من مال غيره، فلو بقى عقد الإجارة بعد موته، تكون الأجرة مستحقة من مال غيره، وهذا لا يجوز، فتعين بطلان الإجارة لعدم إمكان بقاءه، بخلاف ما إذا عقد الوكيل، أو الوصى أو متولى الوقف، حيث لا يبطل الوقف؛ لأن المعنى الذى قلنا: فى العاقد لنفسه لا يوجد فى العاقد لغيره. (الشلبى)

(٥) قوله: "وتفسخ" يعنى إذا شرط المؤجر أو المستأجر، خيار الشرط، أو شرط كل منهما خيار

عجز العاقد عن المضى فى موجبہ إلا بتحمل ضرر زائد لم
المستأجر لذلك أى بالعقد واستغنى عن القلع
يستحق به، كمن^(١) استأجر رجلاً ليقلع ضرسه، فسكن

الشرط ثلاثة أيام، فله أن يفسخ الإجارة به عندنا، وقال الإمام الشافعى: لا يصح شرط الخيار فى الإجارة؛ لأن المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله إن كان الخيار له، وإن كان المشروط له الخيار المؤجر، لا يمكنه التسليم أيضاً على الكمال؛ لأن المنافع تحدث ساعة فساعة.

ولنا أنه عقد معاوضة، ولا يجب قبضه فى المجلس، ويحتمل الفسخ بالإقالة، فيجوز شرط الخيار فيه، كالبيع؛ ولأن الخيار شرط فى البيع للثروية، فكذا فى الإجارة؛ أنها تقع بغتة من غير سابقة تأمل، فيمكن أن يقع غير موافق، فيحتاج إلى الإقالة، فيجوز اشتراط الخيار فيها، بخلاف النكاح؛ لأنه ليس بمعاوضة، فلا يصح شرط الخيار فيه، بخلاف الصرف والسلم، فلا يصح شرط الخيار فيها؛ لأنه يمنع تمام القبض المستحق بالعقد، والعقد فيهما موجب للقبض فى المجلس، وفوات بعض المعقود عليه لا يمنع الرد بالعيب، فكذا بخيار الشرط للضرورة، بخلاف البيع؛ لأنه يمكن فسخ البيع فى جميع المبيع، فلا ضرورة، ألا ترى أن المستأجر يجبر على القبض بعد مضى بعض المدة من غير شرط الخيار للضرورة فى المبيع لا يجبر بعد هلاك بعضه لعدم الضرورة هناك. (التكملة)

(٦) قوله: "الرؤية" أى تفسخ بخيار الرؤية، وقال الإمام الشافعى: لا يجوز استئجار ما لم يره للجهالة، قلت: الجهالة إنما تمنع الجواز إذا كانت مفضية إلى النزاع، وهذه لا يفضى إليه؛ لأنه إن لم يوافق يرده، فلا يمنع الجواز، فإذا رآه ثبت له خيار الفسخ؛ لأن العقد لا يتم إلا بالرضا، ولا رضا بدون العلم، وقال عليه الصلاة والسلام: «من اشترى ما لم يره فله الخيار إذا رآه»، ولأن الإجارة شراء المنافع، فتناولها الحديث. (التكملة)

(٧) قوله: "وبالعذر" يعنى تفسخ الإجارة بالعذر الذى هو العجز عن المضى فى موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد، أى بنفس العقد، كمن استأجر... إلخ، قال الشافعى رحمه الله: لا تفسخ إلا بالعيب، وإلا بعذر كامل، كما لو اكرت لقلع سنه فبرأ. ولنا أن المنافع غير مقبوضة، وهى المعقود عليه فالعذر فى الإجارة، كالعيب فى البيع قبل القبض بجامع عجز العاقد عن المضى فى موجب. (التكملة والكشف)

(١) قوله: "كمن" ذكر شراح الجامع: "أنه يقال: للشافعى رحمه الله فى من استأجر لقلع سن، أو اتخاذ وليمة، ثم زال الوجع، أو مات العرس، فحينئذ يضطر إلى الرجوع عن قوله... إلخ، فظهر أن القيد ذكر لزيادة الإلزام، فلا مفهوم، ويدل عليه ما قال الحموى فى "المبسوط" إذا استأجره ليقطع يده للأكلة، أو لهدم بناء له، ثم بدا له فى ذلك كان عذراً، إذ فى إبقاء العقد إتلاف شىء من بدنه، أو ماله، وهذا صريح فى أنه لو لم يكن الوجع يكون له الفسخ. (الكشف)

واستغنى عن القلع وهو طعام العرس المرأة
 الوجد، أو ليطبخ^(١) له طعام الوليمة، فاختلعت منه^(٢)، أو
 أو استأجر حانوتاً بالبيع والشراء أى افتقر أى الحانوت مثلاً. سواء كان ثانياً بعيان من الناس
 حانوتاً ليتجر فيه فأفلس، أو آجره^(٣) ولزمه دين بعيان، أو
 أى أوبينة من المجر. حالة أى سوى الحانوت
 ببيان، أو بإقرار، ولا مال له سواه، أو استأجر^(٤) دابة للسفر،
 فبدا له منه، لا^(٥) للمكارى.

مسائل متفرقة^(٦)

المستأجر وعدم الضمان في المملوكة بالأولى
 ولو أحرق حصائد^(٧) أرض مستأجرة، أو مستعارة،

(١) أى واستأجر رجلاً ليطبخ... إلخ.

(٢) أى من الرجل الذى هو الزوج.

(٣) قوله: "أو آجره" إنما جمع بين هذين لبيان أنه لا فرق في ثبوت الدين بين الأعيان والبيان والإقرار، فإنه يلزم الدين في الكل، فيحبس عليه، ويلزم عليه، كما تقرر في كتاب الدعوى. (التكملة)

(٤) قوله: "أو استأجر" أى لو استأجر دابة إلى بغداد، ثم بدا له أن يقعد عن السفر، أو اكترى إبلاً للحج، ثم بدا له أن لا يحج من علمه ذلك، أو مرض وعجز عن السفر، كان عذراً. (ط)

(٥) قوله: "لا" يعنى ليس بعذر إذا بدا ما لو يوجب المنع من السفر للمكارى، كما إذا وجد زيادة على الأجرة التى آجر بها، وإن كانت أضعافاً، أو انهدم منزله، ولم يكن له منزل آخر، فأراد أن يسكنه، فليس له نقضها، أو أراد التحول من المصر؛ لأنه لا يخرج المنزل مع نفسه، فلا يلحقه ضرر فوق ما التزمه بالعقد، أو عرض له مرض لا يستطيع الشخوص مع دابته أو جبه غريم، أما إذا أراد نقض إجارتها وبيعها؛ لأنه لا نفقة له ولعياله، فله ذلك، كما فى الكبرى، ولو أراد أن يبيع المنزل الذى آجره، لريح ظهره له فى بيع المنزل لم يكن له أن يفسخ الإجارة. (العنى والطحاوى)

(٦) ما وجدنا هذا العنوان أيضاً فى نسخة إلا فى النسخة الأحدية، ولا أخذه أحد من الشراح.

(٧) قوله: "حصائد [أى ما يبقى فيها من أصول القصب]" الحصائد جمع حصيدة، وحصيد، وهما الزرع المحصود، والمراد هنا ما يبقى من أصل الزرع فى الأرض، ولا يخفى أن هذه المسألة حقها أن تذكر فى الجنايات. (التكملة)

سبب إحراقه

فاحترق شيء في أرض غيره لم يضمن^(١)، وإن^(٢) أقعد خياطاً

سواء اتحد العمل أم اختلف كخياط أو صباغ أي هذا الفعل

أو صباغ في حانوته من عليه العمل بالنصف صح^(٣)، وإن

يقعدان فيه

استأجر جملاً ليحمل عليه محملاً^(٤)، وراكبين إلى مكة صح،

في الطريق

بين الناس أي رؤية صاحب الحمل المحمل

أي وللمستأجر

وله الحمل المعتاد، ورؤيته^(٥) أحب، ولمقدار^(٦) زاد، فأكل منه

(١) قوله: "لم يضمن" لأنه غير متعد، كحافر البئر في دار نفسه، هذا إذا كانت الرياح هائلة - من بدن إذا سكن [مجمع] - ثم تغيرت، أما إذا كانت مضطربة يضمن؛ لأن موقد النار يعلم أنها لا تستقر في أرضه. (الكشف)

(٢) قوله: "وإن" قال ملا مسكين: صورته: خياط أو صباغ أقعد في حانوته خياطاً أو صباغاً على أن يتقبل العمل، ويطرح، ويكون الأجر بينهما نصفين... اهـ، فهذا العقد صحيح استحساناً لا قياساً، وقال الطحاوي: القياس عندى أولى من الاستحسان.

ووجه القياس أنه استئجار بنصف ما يخرج من عمله، وهو مجهول، كقفيز الطحان، ووجه الاستحسان شركة الوجوه لا شركة الصنائع، كما قاله صاحب "الهداية"، ورده الزيلعي بأن شركة الوجوه أن يشتركا على أن يشتريا شيئاً لوجوههما ويبيعا، وليس في هذه بيع ولا شراء، بل هي شركة الصنائع، وهو أن يكون العمل عليهما، وإن كان أحدهما يتولى العمل بحذاقته، والآخر يتولى القبول بوجاهته، فيكون العمل واجباً عليهما، والقبول جائز لهما، إذ ليس في كلامهما إلا تخصيص أحدهما بالتقبل، والآخر بالعمل، وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفى ما وراءه... اهـ (عز)

(٣) قوله: "صح" والقياس أن لا يجوز للجهالة، وهو قول الإمام الشافعي، ووجه الاستحسان أن هذه الجهالة تزول بالصرف إلى المتعارف، وله المتعارف من الحمل والزاد والعطاء وغير ذلك مما هو معلوم عند أهل العرف.

لا يقال: هذه متكررة مع قوله: وإن استأجر حماراً، ولم يسم ما يحمل، قلنا: هناك لم يبين ما يحمل، فكانت الجهالة فاحشة، وهنا بين ما يحمل، فكانت يسيرة؛ لأنه بين الحمل، ولم يبين قدره. (التكملة)

(٤) بفتح الميم الأولى وكسر الثانية، وبالعكس أيضاً، وهو اليهودج الكبير الحجابي. (ع)

(٥) قوله: "ورؤيته" أي رؤية المكاري المحمل أجود؛ لأنه أبعد من الجهالة، أو أقرب إلى العلم بتحقيق الرضا منه. (الزيلعي)

(٦) قوله: "والمقدار [أي وإن استأجر جملاً لحمل مقدار زاد معين]" أي إن استأجر جملاً ليحمل عليه مقداراً من الزاد، فأكل منه في الطريق، رد عوض ما أكل، وقال بعض أصحاب الشافعي: ليس له أن يرد عوض ما أكل؛ لأن عرف المسافرين أنهم يأكلون الزاد، ولا يردون بدله، والمطلق يحمل على

أي عوض ما أكل

رد عوضه، وتصح^(١) الإجارة وفسخها، والمزارعة والمعاملة

المتعارف، بخلاف الماء، حيث لا يكون له الرد إذا نفذه عنده؛ لأن العرف بينهم جرى برده عند نفاذه. ولنا أنه استحق عليه حملاً مقدراً في جميع الطريق، فله أن يستوفيه، وصار كالماء، والعرف مشترك، فإن بعض المسافرين يردون، فلا يلزمنا عرف البعض، أو يحتمل فعل من لا يرد على أنهم استغنوا عنه، فلا يلزم حجة، ولهذا يرد بعضهم، وهم المحتاجون إليه. (الزيلعي)

(١) قوله: "وتصح" أي تصح هذه العقود التي سماها الشيخ من الإجارة وفسخها إلى غير ذلك مضافة إلى الزمان المستقبل، أما الإجارة فلأنها تنعقد ساعة فساعة، وهذا معنى الإضافة، وفيها يعتبر بها، كما إذا أضاف الإجارة إلى رمضان، وهو في شعبان.

وكما إذا قال: فسختك هذه الإجارة رأس الشهر، أو قال: إذا جاء رأس الشهر، فقد فسختك، لم يجز على ما عليه من الفتوى، وعن صاحب "المحيط": أنه لا يصح إجماعاً.

وأما المزارعة فكما إذا قال وهو في شعبان: زراعتك أرضي من أول رمضان كذا.

وأما المعاملة وهي المساقاة، إذا قال: ساقيتك بستاني من أول رمضان وهو في شعبان بكذا؛ لأن المعاملة والمزارعة إجارة، فتعتبر بالإجارة.

وأما المضاربة: كما إذا دفع عشرة دراهم إلى فلان، وقال بعد ما صارت بالعشرة عشرين: اعمل به مضاربة بالنصف، فإنه لم يصير مضارباً إلا عند صيرورتها عشرين درهماً.

وأما الوكالة كما إذا قال: بع عبدى غداً، فإنه يصير وكيلًا لا يصح تصرفه إلا بعد مجيء الغد؛ فلأنهما من باب الإطلاق، وكل ذلك تجوز إضافته.

وأما الكفالة فكقوله: كفلت بنفس فلان غداً، وهي التزام المال ابتداء، فتجوز إضافتها وتعليقها بالشرط، كالبذر لكن فيها تمليك المطالبة، فلا يجوز بالشرط المطلق بل بالشرط المتعارف.

وأما الإيصاء: وهو إقامة الشخص مقام نفسه، بأن قال: جعلت فلاناً وصياً بعد موتي، فلأن الإيصاء لا يتصور في الحال إلا إذا جعل مجازاً عن الوكالة.

وأما الوصية وهي التملك بأن يقول: ثلث مالي لفلان بعد موتي؛ فلأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت.

وأما القضاء والإمارة فيجوز تعليقهما بالشرط، وإضافتهما إلى الزمان؛ لأنهما تولية وتفويض، فجاز تعليقهما بالشرط، والأصل في ذلك أنه عليه الصلاة والسلام أمر زيد بن حارثة، ثم قال: إن قتل زيد فجعفر، وإن قتل جعفر فعبد الله بن رواحة.

والفرق بين القضاء والإمارة أن مبنى الإمارة على السلطنة والغلبة، ومبنى القضاء على الأمانة والعدالة.

والملك من ملك إقليم أو إقليمين، والسلطان من ملك ثلاثة فأكثر، والوزارة اسم جامع للمجد والشرف والمروءة، وهي تلو الملك.

وأما الطلاق فكقوله لامرأته: إن قدم فلان فأنت طالق، لا تطلق حتى يجيء.

وأما العتق: فكقوله لعبده: أنت حر إذا جاء رأس الشهر.

والمضاربة والوكالة والكفالة والإيصاء والوصية والقضاء

لأن هذه الأشياء تملك، وقد أمكن لتخصيصها للحال، فلا حاجة

والإمارة والطلاق والعق والوقف مضافاً^(١)، لا^(٢) البيع

وإجازته، وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح

والرجعة والصلح عن مال، وإبراء الدين.

وأما الوقف: فكقوله أرضى هذه موقوفة غداً، ووجه الصحة في هذه ظاهر مما سبق. (عز)

(١) قوله: "مضافاً" نصب على الحال، وهو قيد للمذكورات كلها، وتقدير الكلام: ويصح كل واحد من الإجارة... إلخ حال كونه مضافاً إلى الزمان المستقبل، فمن هذا عرفت أن ذا الحال محذوف، وهو الذي قدرناه. (العيني بحذف)

(٢) قوله: "لا" يعنى هذه الأشياء لا تجوز إضافتها إلى الزمان المستقبل، والمراد بها كل ما كان تملكاً للحال، أما الأول فهو ظاهر، وأما الثاني فكما إذا باع فضولى عبد غيره، فقال المالك: أجزت البيع غداً، وأما الثالث فهو ظاهر أيضاً.

وأما الرابع: فصورته أن يجعل الشريكان المال حصتين ممتازتين، ثم قال أحدهما: أخذت هذه الحصة بعد شهر، وقال الآخر: أخذت تلك بعد شهر.

وأما الخامس: فالفرق بينهما وبين المضاربة أن مطلق المضاربة يقع مضافاً، فإنه ما لم يربح المضارب لا يكون شريكاً، فلم تفسد بالإضافة، بخلاف الشركة.

وأما السادس فكقوله: وهبتك هذا المال غداً، وأما السابع: فكقوله نكحتك غداً، ويصح إضافته وتعليقه بأمر كائن، كما إذا قالت: إن لم يكن لى زوج فقد زوجت نفسى، وقبله الرجل، صح إذا خلت عن الزوج وعدته.

وأما الثامن: فكقوله راجعتك غداً، وأما التاسع: فكقوله: صالحتك غداً من ألف لى بخمس مائة، وقيدته بالمال، فإن الصلح عن دم العمد يجوز إضافته.

وأما العاشر فكقوله: أبرأتك غداً عن دينى، وقيدته بالدين، فإن الإبراء عن الكفالة يصح عند

بعضهم. (عز)

كتاب^(١) المكاتب^(٢)

الكتابة تحرير المملوك^(٣) يدا في الحال، ورقبة في المال^(٤)،
 أى فلو كاتب رجل ^{أى من جهة اليد} أى من جهة الرقبة ^{أى فى المستقبل}
 أى فلو كاتب رجل ^{يعنى نقد كله} كاله إلى شهر، أو إلى سنة مثلاً.
 كاتب مملوكه ولو صغيراً، يعقل^(٥) بمال حالٍ أو مؤجل، أو

(١) قوله: "كتاب" أورد عقد الكتابة بعد عقد الإجارة لمناسبة أن كل واحد عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالإيجاب، والقبول بطريق الأصالة، وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعناق، يعنى قولنا بمقابلة ما ليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط العوض، وقولنا: بطريق الأصالة خرج به النكاح والعناق على مال، فإن ذكر العوض فيها ليس بطريق الأصالة.

قيل: الأنسب أن يذكر عقيب العناق؛ لأن الكتابة مالهما الولاء، والولاء حكم من أحكام العتق أيضاً، لكن لا نسلم ذلك؛ لأن العتق إخراج الرقبة عن الملك بلا عوض، والكتابة ليست كذلك، بل فيها ملك لشخص، ومنفعة لغيره، وهو أنسب للإجارة؛ لأن نسب الذاتيات أولى من العرضيات، كما فى "العناية"، لكن فى حاشية المولى سعدى كلام -فليطالع- . (المجمع)

(٢) قوله: "المكاتب" الأنسب أن يقول: كتاب الكتابة، أى لأن علم الفقه يبحث عن فعل المكلف، وهو الكتابة، لا المكاتب، والمكاتب هو مفعول من كاتب مكاتبه، والمولى مكاتب -بكسر التاء- وأصله من الكتب، وهو الجمع، ومنه كتبت القرية إذا أحرزتها، والكتيبة هى الطائفة المجتمعة من الجيش والكتاب؛ لأنه يجمع الأبواب والفصول والكتابة؛ لأنها يجتمع الحروف، ويسمى هذا العقد كتابة ومكاتبه؛ لأن فيه ضم حرية اليد إلى حرية الرقبة؛ أو لأن فيه جمعاً بين نجمين فصاعداً. (المجمع و ط)

(٣) مطلقاً سواء كان قنّاً أو أم ولد أو مديراً.

(٤) قوله: "فى المال" لأن المكاتب لا يتحرز رقبة إلا إذا أدى بدل الكتابة، وأما فى الحال فهو حر من جهة اليد حتى يكون أحق بكسبه، ويجب على المولى الضمان بالجناية عليه، أو على ماله، ولهذا قيل: المكاتب طار عن ذل العبودية، ولم ينزل فى ساحة الحرية، فصار كالنعامة إن استطير تباعر، وإن استجمل تطاير، ثم شرط الكتابة أن يكون الرق قائماً بالمال، وأن يكون البدل معلوم القدر والجنس. (المجمع)

(٥) قوله: "يعقل" وقال الشافعى: لا يجوز حالا، ولا بد من تنجيم؛ لأنه عاجز عن التسليم فى زمان قليل؛ لعدم الأهلية قبله للرق. ولنا إطلاق نص "فَكَاتِبُوهُمْ" ولأن البدن معقود به، فأشبهه الثمن، ولأنه مبنى الكتابة على المساهلة، فيمهل المولى ظاهراً. (الكشف)

العبد ذلك وصار مكاتباً
 منجم^(١) وقبل صبح، وكذا^(٢) إن قال: جعلت عليك ألفاً تؤديه
 أى متفرقاً على النجم من الدراهم من الدراهم
 نجوماً أول النجم كذا، وآخره كذا، فإذا أدبته فأنت حر،
 المكاتب أى من يد المولى المولى العفر المولى
 وإلا ففقر^(٣)، فيخرج^(٤) من يده دون^(٥) ملكه، وغرم^(٦) إن وطئ
 (١) أى مقسّط على الأشهر المعلومة.

(٢) قوله: "وكذا" يعنى يكون مكاتباً بهذا القول الأول، وهذا استحسان، والقياس أن لا يكون مكاتباً به؛ لأن النجوم فصول الأداء، وله أن يضرب على عبده ما شاء من المال فيما شاء من المدة، وقوله بعد ذلك: إن أدبته فأنت حر هو تعليق العتق بأداء المال، وهو لا يوجب الكتابة. وجه الاستحسان أن العبرة للمعاني دون الألفاظ حتى كانت المضاربة بشرط أن يكون الربح كله للمضارب قرضاً، وبشرط أن يكون لرب المال بضاعة، وقد أتى بمعنى الكتابة هنا مفسراً، فينعتق به، كما إذا أطلق الكتابة، بل أولى؛ لأن المفسر أقوى. وقوله: إذا أدبته فأنت حر لا بد منه؛ لأن ما قبله يحتمل الكتابة، ويحتمل الضريبة، قال فى "المجمع": والضريبة واحدة الضرائب التى تؤخذ فى الأرصاد والجزية ونحوها، ومنه ضريبة العبد، وهى غلبة. (الشلبى) وبه يرجح جهته، وإلا ففقر، أى إن لم تؤده، فأنت رقيق فضلة من الكلام غير محتاج إليه، كما لا يحتاج إليه فى الكتابة. (الزيلعى)

(٣) وإن لم تؤده، فأنت قن على حالك.

(٤) قوله: "فيخرج" أى إذا صحت الكتابة يخرج المكاتب من يد المولى؛ لأن موجب الكتابة مالكية اليد فى حق المكاتب، ولهذا لا يكون للمولى منعه من الخروج والسفر، ولو شرط فى الكتابة أن لا يخرج من البلد، لا يصح الشرط؛ لأن المقصود من الكتابة أن يتمكن من أداء المال بالتكسب، وقد لا يتمكن من ذلك إلا بالخروج، فيطلق له الخروج. (ز)

(٥) قوله: "دون" أى لا يخرج من ملك المولى لقوله عليه الصلاة والسلام: هو قن ما بقى عليه درهم؛ ولأنه عقد معاوضة، فيقتضى المساواة، فإذا تم للمولى الملك بالقبض، تم المالكية للعبد أيضاً، وتقام الملك لا يكون إلا بالقبض. (التكملة)

(٦) قوله: "وغرم" اعلم أن المتبادر من الواو فى قوله: وغرم أنه عطف على قوله: ويخرج، وظاهر أنه يعيد بحسب المعنى، فالأولى أن يقال: إنه تفریع على ما بينا من خروج المكاتب من يد المولى، ويؤيده ما قال: فى التكملة، ولو قال: فغرم... إلخ بدل الواو لكان أولى.

وأما وجوب الغرامة فإنها بعقد الكتابة خرجت من يد المولى، وصار المولى كالأجنبى، فصارت أحق بنفسها وكسبها لتتوصل إلى المقصود بالكتابة، وهى حصول الحرية لها، والبدل للمولى بناءً على كونها أحق بمالها ونفسها، ولو لا ذلك لأتلف المولى ما فى يدها، ولم يحصل لها الغرض المبتغى

المولى
مكاتبته، أو جنى عليها، أو على ولدها، أو أتلف مالها.
المولى
أي وإن كاتب رجل عبده
وإن كاتبه^(١) على خمر، أو خنزير، أو قيمته، أو عين
غيره، أو مائة ليرد سيده وصيفاً^(٢) فسد، فإن أدى الخمر
عتق^(٣)، وسعى^(٤) في قيمته، ولم ينقص^(٥) من المسمى، وزيد

بالكتابة، ومنافع البضع ملحقة الأجزاء، فيجب عليه عوضه، وهو العقر عند إتلافه بالوطء، وانتفى
الحد للشبهة. (عز والزيلي)

(١) قوله: "وإن كاتبه" شروع في الكتابة الفاسدة بعد الصحيحة؛ لأن الفاسدة تتلوا الصحيحة،
والفرق بين الكتابة الجائزة والفاسدة أن في الفاسدة يرد المولى في الرق، ويفسخ الكتابة بغير رضا،
وفي الجائزة لا يفسخ إلا رضا العبد، وللعبد أن يفسخ في الجائزة والفاسد جميعاً بغير رضا المولى.
فهنا خمس مسائل، الأولى والثانية: كاتب المسلم عبده المسلم أو الكافر في دار الإسلام على خمر
أو خنزير، والثالثة كاتبه على قيمة نفسه، والرابعة: كاتبه على عين لغيره، والخامسة: كاتبه على مائة
ليرد عليه سيده وصيفاً، ففي هذه الصور كلها الكتابة فاسدة.
أما في الأولين فلائهما لا يستحقهما المسلم، أما في الثالثة فلجهايتها قدراً وجنساً ووصفاً، وجودة
ورداءة، أما في الرابعة، فلعدم القدرة على التسليم، والمراد بالعين ما يتعين بالتعيين، فلو كاتبه على هذا
الألف الدرهم، وهي لغيره جاز، فيتعلق بالدرهم في الذمة.
وأما في الخامسة فقال أبو يوسف: جاز ويقسم المائة على قيمة المكاتب، وقيمة عبد وسط، فتبطل
حصّة العبد، ويكون مكاتباً بما بقي.
ولهما أن العبد لا يستثنى من الدنانير، وإنما يستثنى معتبر بالتسمية، فكل ما يصح تسميته يصح
استثناءه، ومالا فلا. (عز والكشف وحاشية)

(٢) أي عبداً غير معين، أما لو كان معيناً، فيجوز بالاتفاق بجواز بيعه اتفاقاً، كذا استثناءه.

(٣) قوله: "عتق" أي فإن أدى المكاتب الخمر عتق، وإن لم يطلق بأداءها لتعلق العتق به معنى،
وموجبه العتق بأداء البذل؛ لأن العقد منعقد، وإن كان فاسداً فيعتق بالأداء. (عز)

(٤) قوله: "وسعى" لأنه وجب عليه رد قيمته لفساد العقد، وقد تعذر الرد بالعتق، فيجب عليه
رد قيمته، كما في البيع الفاسد إذا أعتق المشتري المبيع، أو تلف في يده. (الزيلي)

(٥) قوله: "ولم ينقص" هذه المسألة لا تعلق لها بمسألة الخمر، بل مسألة مبتدأة، ومعناها كاتب
عبده على ألف وخدمته أبداً، أو على ألف وهدية، فالخدمة أبداً والهدية لا تصلح بدلاً، فالعقد فاسد،
فلذا أدى الألف عتق، فإن كان الألف قدر قيمته لم يبق للمولى عليه سبيل، وإن كان قيمته أكثر رجع
عليه السيد بالزيادة، وإن كانت الألف أكثر من قيمته، فلا يعتق إلا بدفعها.

عقد الكتابة بين جنسه كالفرش نوعه كالهندي، ولا صفته كالأسود
 عليه، وصح^(١) لو على حيوان غير موصوف، أو كاتب^(٢) كافر
 صح أيضاً أى أى الاثنين من المولى أو العبد أى للمولى والعبد والمذكور
 عبده الكافر على خمر، وأى^(٣) أسلم فله قيمة الخمر، وعق
 أى يقض المولى قيمة الخمر بقبضها.

ولو كاتبه على ألف ورطل من الخمر، لا يعتق حتى يدفع الألف والرطل من الخمر، كذا في المحيط مختصراً، قال الشارح: لأنه عقد فاسد، فيجب عليه قيمته بالغة ما بلغت، غير أن المولى لم يرض أن يعتقه بأقل مما سمى، فلا ينقص منه إن نقصت قيمته عن المسمى، والعبد يرضى بالزيادة، حتى ينال شرف الحرية، فيزداد عليه إذا زادت قيمته لينال الشرف، وفيما إذا كاتبه على قيمة يعتق بأدائها؛ لأنه هو البذل في الفاسد، ذكرها أو لم يذكرها، فأمكن اعتبار معنى العتق فيه، وأثر الجهالة في الفاسد لا في إبطال العقد، بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب، حيث لا يعتق بأداء ثوب؛ لأنه يختلف اختلافاً فاحشاً. ولو أدى قيمة الثوب لا يعتق إلا إذا علقه، بأن قال: إذا أديت إلى ثوباً، فأنت حر، فيعتق بأداء الثوب، لصريح التعليق. (التكملة)

(١) قوله: "صح" لأنها مبادلة مال بمال من حيث إن العبد مال في حق المولى، ومبادلة مال بما ليس بمال في حق نفسه، فتقع الكتابة بين الجواز والفساد، فحملها على الجواز بعد ذكر الجنس لا يضر؛ لكونها يسيرة؛ لأن مبناها على المسامحة.

وقال الشافعي: لا يجوز هذا العقد للجهالة، ولزم المكاتب الوسط، أى الحيوان الوسط، أو قيمته، أى قيمته الوسط؛ لأن كل واحد أصل من وجه، فالعين أصل تسمية، والقيمة أصل أيضاً؛ لأن الوسط لا يعلم إلا بها، فاستويا، فيخيره يجبر المولى على قبول ما أدى. (المجمع بقدر الحاجة)

(٢) قوله: "كاتب" يعنى صح هذا الآخر؛ لأن الخبر مال متقوم في حقهم، كالعصير في حق المسلم، فتصح تسميته إذا كان المسمى معلوماً، واحتترز بقوله عبده الكافر عن عبده المسلم، فإنه يقع فاسداً، وتجب فيه القيمة على ما بينا فيما إذا كان المولى مسلماً. (ز)

(٣) قوله: "وأى" أى من السيد وعبده أسلم، فللسيد قيمتها، أى قيمة الخمر؛ لأن المسلم ممنوع عن تملك الخمر، وتملكها، وعتق العبد بأداء عينها، أى الخمر؛ لأن الكتابة عقد معاوضة، وسلامة أحد العوضين لأحدهما يوجب سلامة العوض الآخر للآخر، وإذا أدى الخمر عتق أيضاً؛ لتضمن الكتابة تعلق العتق بأداء الخمر، إذ هي المذكورة في العقد، كما في "الرمز"، وفي "شرح الطحاوى" و"التمرتاشي": لو أدى الخمر، لا يعتق، ولو أدى القيمة يعتق. (المجمع)

باب^(١) ما يجوز للمكاتب أن يفعله أو لا يفعله

بشمن المثل وبالحابة لغير السيد والتفد والنسبوق عليه المولى عليه

للمكاتب^(٢) البيع والشراء والسفر، وإن شرط أن لا

أى وللمكاتب أيضاً تزويج

يخرج من المصر، وتزويج^(٣) أمته، وكتابة^(٤) عبده، والولاء^(٥) له

(١) قوله: "باب" قال صاحب "العناية": لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفسادة، شرع في بيان ما يجوز للمكاتب، وما لا يجوز، فإن جواز التصرف يبتنى على العقد الصحيح. (التكملة)

(٢) قوله: "للمكاتب" أى يجوز هذه التصرفات التى ادعاها الشيخ، أما البيع والشراء والسفر؛ فلأن قصد المولى الوصول إلى البدل، وقصد العبد الحرية، وإذا إنما يحصل بالبيع والشراء، وربما لا يتفق فى الحضر، فيحتاج للسفر، وأما عدم اعتداد المولى عدم خروجه من المصر، فلكونه شرطاً مخالفاً لمقتضى العقد؛ لأن مقتضاها فك حجر اليد على وجه الاستبداد، والاختصاص بنفسه، ومنافع نفسه، واكتسابه، وأن لا يتحكم عليه أحد، ويحصل المال بأى وجه شاء، فكانت أمثال هذا الشرط باطلة، والسفر مظنة تحصيل المال.

والكتابة لا تبطل بالشروط الفاسدة كما تقدم، إلا إذا كان داخلاً فى صلب العقد، وهو أن يكون فى البدل، مثل أن يشترط خدمته، أو مكاتبته على خمر أو خنزير، فيفسد العقد؛ لأن الكتابة تشبه البيع من حيث إنها تحتل الفسخ قبل أداء البدل، فيفسد العقد إذا وجد الشرط فى صلب العقد، وتشبه النكاح من حيث إنها لا تحتل الفسخ بعد الأداء؛ لأنها مبادلة مال بمال فى حق المولى، ومبادلة مال بغير مال فى حق العبد؛ لأنه لا يملك نفسه، فلا يفسد العقد بالشروط إذا لم يكن فى صلب العقد، كما ههنا.

قال فى "العناية": والتمكن فى صلب العقد، وهو أن يدخل فى أحد البدلين، والذي ليس فى صلب العقد هو الذى ليس فى بدل الكتابة، ولا فيما يقابله (عز)

(٣) قوله: "وتزويج" يعنى للمكاتب أن يزوج الأمة؛ لأنه من الاكتساب، فيملكه ضرورة، بخلاف تزويج المكاتب نفسها، حيث لا يجوز له، وإن كان فيه اكتساب؛ لأن ملك المولى باق فيها، فمنعه من الاستبداد بنفسه، وفيه تعيينها، وربما يعجز، فيبقى هذا العيب، فيكون على المولى ضرر، وليس مقصوده بتزويج نفسه، والمال إنما هو التحصين والإعفاف، بخلاف تزويج أمته، فإن المقصود منه كسب المال، فيجوز، لا كما يجوز للأب والوصى، بخلاف العبد المأذون له فى التجارة، والمضارب، والشريك؛ لأنهم لا يملكون إلا ما يكون من باب التجارة والتزويج ليس منها، فلا يملكونه، وبهذا التقرير ظهر الفرق بين تزويج المكاتب نفسها، حيث لا يجوز وإن كان فيه اكتساب المهر والنفقة، كما فى تزويج المكاتب أمة نفسه؛ لأن العلة فى تزويج المكاتب نفسها مركبة بما ذكرناه - فتأمل - .

قيّد بالأمة لأن المكاتب لا يملك أن يزوّج نفسه ولده؛ لأنه ليس من التجارة، ولا فيه اكتساب مال،

الثاني أى بعد عتق الأول أى فالولاء لسيد من المولى
 إن أدى بعد عتقه، وإلا لسيد^(١)، لا^(٢) التزوج بلا إذن،
 أى ولا الهبة أى ولا التصديق منها أى ولا التكفل أى ولا الإقراض
 والهبة^(٣) والتصدق إلا بيسير، والتكفل^(٤) والإقراض

بل فيه شغل رقبته بالمهر والنفقة . (التكملة)

(٤) قوله: "وكتابة" أى وله أن يكاتب عبده أو أمته استحساناً، لكونها اكتساباً بأخذ بدل الكتابة أيضاً، فيكون داخلاً فى العقد، كالبيع، بل هو أنفع منه؛ لأن الكتابة لا تزيل الملك إلا بعد وصول البدل، والبيع يزيل قبل وصوله، وقال زفر: ليس له ذلك، وهو القياس، وبه قال الشافعى وأحمد؛ لأن المال هو العتق، والمكاتب ليس من أهله. (المجمع)

(٥) قوله: "والولاء" أى فإن أدى المكاتب الثانى بعد إعتاق المكاتب الأول، فولاءه أى المكاتب الثانى له، أى للمكاتب الأول؛ لأنه صار أهلاً بعد العتق، وإن أدى المكاتب الثانى بدل الكتابة قبل، أى قبل عتق المكاتب الأول، فللسيد، أى ولأه المكاتب الثانى لسيد المكاتب الأول، لا للمكاتب الأول، لتعذر جعل المكاتب معتقاً لعدم أهلية الإعتاق، فيخلفه فيه أقرب الناس إليه، وهو مولاه. ولو أدى الأول ذلك لا ينتقل الولاء إليه؛ لأن المولى جعل معتقاً، والولاء لا يتحول عن المعتق إلى غيره، ولو أدياً معاً، فولاءهما للمولى؛ لكونه أصلاً. (المجمع)

(١) بأن أداه قبله أو أدياً معاً.

(٢) قوله: "لا [أى لا يجوز للمكاتب التزوج . . . إلخ]" أى لا يملك التزوج بغير إذن مولاه؛ لأن فيه تعيب نفسه لما فيه من شغل ذمته بالمهر والنفقة، ولم يطلق له إلا عقود توصله إلى تحصيل مقصوده، وهو كل عقد فيه اكتساب المال، وفى حق ما ليس فيه، فهو باقٍ على الحجر، وحكمه فيه كحكم العبد المحجور عليه، بخلاف تزويج أمته؛ لأن فيه اكتساب مال على ما بيناه، ويملك التزوج بإذن المولى؛ لأن الحجر لأجله؛ لما أن ملكه باقٍ فيه، فجاز باتفاقهما لا غير لخروجه عن ملك المولى يداً، والثبوت ملكه فى الرقبة. (الزيلعى)

(٣) قوله: "والهبة" أى ولا يجوز له الهبة والتصدق أيضاً إلا بيسير منهما؛ لأنهما تبرع، وهو ليس من أهله إلا أن اليسير منه من ضرورات التجارة، إذ لا يجد بداً من ضيافة وإعادة ليجتمع عليه المجاهزون - المجاهزون عند العامة الغنى من التجارة [ش] - وهى من ضرورات التجارة؛ ليملك، لأن من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته وتوابعه، ولا بعوض لا أنه تبرع ابتداءً، فلا يملكه. (العينى والزيلعى بحذف)

(٤) قوله: "والتكفل" أى ولا يجوز له أيضاً التكفل، ولا يجوز له أيضاً الإقراض؛ لأنهما تبرع محض، وليسا من ضرورات التجارة، ولا من باب الاكتساب، فلا يملكه، ولا فرق فى الكفالة بين أن تكون فى المال أو فى النفس، وبين أن تكون بالأمر، أو بغير الأمر؛ لأن الكل تبرع. (الزيلعى مع زيادة)

وصلية بيع العبد من نفسه إعتاق على ما بيناه في الوكالة فلا يملكه

وإعتاق^(١) عبده، ولو بمال وبيع نفسه، وتزويج^(٢)

فيما ذكر من التصرفات ثبوتاً ونفيًا

من الأمة أو أمة غيره أو حرة

عبده، والأب والوصى في رقيق الصغير كالمكاتب^(٣)، ولا

أى من المذكور

يملك^(٤) المضارب، وشريك شيئاً منه.

ف

المكاتب شروع في المكاتبه بالتبع أى داخل في كتابته تبعاً

ولو^(٥) اشترى أباه أو ابنه تكاتب عليه، ولو^(٦) اشترى أخاه

(١) قوله: "وإعتاق" أى ولا يجوز له أيضاً إعتاق عبده، ولو كان إعتاقه بمال، بأن يقول لعبده: أنت حر على ألف درهم، فإذا قبل العبد يعتق من ساعة، ويكون البدل واجباً في ذمته، وإنما لم يملكه المكاتب؛ لأن فيه إزالة ملكه عن العبد بدين في ذمة المفلس، فلا يملكه، وكذا لا يملك المكاتب تعليق العتق بأداء المال، بأن قال لعبده: إن أديت إلى ألفاً فأنت حر؛ لأن فيه إثبات الحرية مقصوداً؛ ولأنه فوق الكتابة، ألا يرى أنه لا يقبل النقض والكتابة بقوله. (العيني والطحطاوى)

(٢) قوله: "وتزويج" أى لا يملك تزويج عبده، وكلا لا يوكل به؛ لأنه تعيب له، ونقص لمالته لكونه شاغلاً لرقبته بالمهر، ولكسبه بالنفقة، وليس هو من باب الاكتساب في شيء، بخلاف تزويج الأمة على ما بيناه. (الزيلعى)

(٣) قوله: "كالمكاتب" فلهم إنكاح أمته وكتابة قته، ولا يملكان إعتاق عبده، ولو بمال، وبيع نفس عبده منه، وإنكاح عبده ولو من أمته؛ لأن الأب والوصى يملكان الاكتساب كالمكاتب، فيملكان ما يملكه المكاتب. (الطحطاوى والزيلعى)

(٤) قوله: "ويملك" الأصل أن من كان تصرفه عامّاً في التجارة وغيرها يملك تزويج الأمة والكتابة، كالأب والوصى والجد والمكاتب، والقاضى، وأمينه، وكل من كان تصرفه خاصّاً في التجارة، كالمضارب والشريك والمأذون لا يملك تزويج الأمة ولا الكتابة عندهما، وقال أبو يوسف: يملكون تزويج الأمة؛ لأن فيه منفعة، وجوابه أنه ليس من باب التجارة، فلا يملكونه. (الزيلعى)

(٥) قوله: "ولو" أى ولو اشترى المكاتب أباه وابنه دخل في كتابته - أراد بالأب والابن من كان قريب المكاتب ولأدّا (المجمع) - لأنه من أهل أن يكاتب، وإن لم يكن أهلاً للعتق، فيجعل مكاتباً مع تحقيقاً للصلة بقدر الإمكان، فيدخلون في كتابته تبعاً له، وأقواهم دخولا الولد المولود في الكتابة، ثم الولد المشتري، ثم الولدان، وعن هذا يتفاوتون في الأحكام، فإن الولد المولود في الكتابة يكون حكمه كحكم أبيه، حتى إذا مات أبوه ولم يترك وفاء يسعى على نجوم أبيه، والولد المشتري يؤدى بدل الكتابة حالاً، وإلا يرد في الرق، والولدان يردان في الرق، كما مات، ولا يؤديان حالاً ومؤجلاً. (المجمع بزيادة)

(٦) قوله: "ولو اشترى" قال فى "المجمع": ولو اشترى المكاتب ذا رحم محرم غير الولاء، كالأخ وابنه والعم وابنه لا يدخل، فيجوز بيعه عند الإمام؛ لأن المكاتب لا ملك له حقيقة، إلا أنه يقدر

وهو كل محرم غير الولاء المكاتب أى مع ولده منها ولم تدخل فى كتابته ونحوه لا، ولو اشترى أم ولده معه، لم يجز^(١) بيعها، وإن ولد له من أمته ولد^(٢)، تكاتب^(٣) عليه وكسبه له، ولو زوج^(٤) أمته أى للمكاتب ولد أى تكاتب المكاتب العبد والأمة جميعاً. الولد أى كسب الولد من عبده، فكاتبهما، فولدت دخل^(٥) فى كتابتها، وكسبه

على الكسب، فالمكاتب فقير كاسب، وهذه القدرة تكفى للصلة فى قرابة الولاد، لا فى غيرها، ولذا تجب نفقة الأولاد والوالدين على من يقدر على الكسب ولو كان فقيراً. وأما نفقة الأخ والعم، فتجب على الغنى لا على الكاسب الفقير، خلافاً لهما، فإنهما قالا يدخل فى كتابته بالشراء، فلا يجوز بيعه؛ لأن وجوب الصلة يشمل القرابة المحرمة، ولذا يعتق عليه.

(١) قوله: "لم يجز" أى لو اشترى المكاتب أم ولده منها، لم يجز بيعه؛ لأن الولد لما دخل فى كتابته امتنع بيعه لما ذكرنا، فتبعه أمر فيه، فامتنع بيعها؛ لأنها تبع له، قال عليه الصلاة والسلام: «أعتقها ولدها»، ولا تدخل فى كتابته، حتى لا تعتق بعته، ولم يفسخ النكاح؛ لأنه لم يملكها، فجاز له أن يطأها بملك النكاح، وكذا المكاتب، إذا اشترت زوجها غير أن لها أن تبيعه كيفما كان؛ لأن الجزئية لم تثبت من جهتها، قيد بشراء الولد؛ لأنها لو ولدت فى ملكه لم يجز بيعها، سواء كان ولدها باقياً أم ميتاً، ولو ملكها بدون الولد جاز له بيعها عند أبى حنيفة رحمه الله، وقالوا: ليس له أن يبيعها؛ لأنها أم ولده له. (الزيلعى والطحطاوى)

(٢) اعترض بأن المكاتب لا يملك وطء أمته، وأجيب بأن النسب لا يتوقف على الحل، كما فى وطء أمة ابنه، وأمة مشتركة، فإذا ثبت النسب من الأب فمن المولى أولى. (الطحطاوى)

(٣) قوله: "تكاتب" لأنه بالدعوة يثبت نسبه منه، فيتبعه بالتكاتب على ما بيناه، وكان كسب الولد للمكاتب؛ لأنه فى حكم مملوكه، فكان كسبه له، كما كان قبل الدعوة، إذ لا ينقطع بالدعوة اختصاصه، وكذا لو ولدت المكاتب ولداً، دخل الولد فى كتابتها؛ لأن الولد تسرى إليه الصفات الشرعية الثابتة فى اللام، كالتدبير والاستيلاء والحرية والملك، فإذا سرى إليه صار حكمه كحكم أمه، فكانت هى أحق به، وبكسبه؛ لأنه جزءها، وقد انقطع حق المولى عنه. (الزيلعى)

(٤) قوله: "زوج" إلخ استشكله الشرنبلالى بما تقدم من أن المكاتب لا يزوج، قال، وقد يقال: لا منافاة؛ لأن تزويج المكاتب أمته من عبده ليس مفيد صحة عقده، وملكه إياه، فالعقد غير صحيح، ومع ذلك يثبت النسب، كما فى النكاح الفاسد.

وكما أن المكاتب لا يملك التسرى، ومع ذلك لو وطئ أمته، فادعى ولدها، ثبت النسب، وليس تزويج المكاتب عبده كتزويجه نفسه يكون موقوفاً، إذ لا مجيز له حال صدوره، وتزويجه هو له مجيز، وهو المولى الحر... اهـ، وجعل الحموى الضمير فى زوج للمولى، أى الذى لم يكاتب أولاً، ثم كاتب بعد، وكذا هو المتبادر من "التبيين"، وعليها فلا إشكال. (الطحطاوى)

(٥) قوله: "دخل" لأن الولد يتبع الأم فى الأوصاف الحكمية، فكان مكاتباً تبعاً لها، فكانت

لها.

مكاتب^(١) أو مأذون نكح بإذن حرة بزعمها، فولدت،
 فاستحقت، فولدها عبد، وإن وطئ^(٢) أمة^(٣) بشراء، فاستحقت،
 أو بشراء فاسد، فردت، فالعقر في المكاتب^(٤)، ولو بنكاح^(٥)

أحق بكسبه من الأب؛ لأنه لا ملك له عليها، فيسرى إلى الوالد، وقد انقطع يد المولى عنها لعقد، فكذا عن ولدها، فكانت هي أحق به؛ لأنه جزءها، فصار كنفسها، وهي نظير المسألة الأولى. (الزيلي)

(١) قوله: "مكاتب" يعني لو تزوج مكاتب أو عبده مأذون له في التجارة امرأة زعمت أنها حرة بإذن مولاه، فولدت منه، ثم استحقت، فالولد رقيق، فليس له أن يأخذ بالقيمة، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمد رحمه الله: ولدها حر بالقيمة يعطيه للمستحق في الحال إذا كان التزوج بإذن المولى، وإن كان بغير إذنه يعطيها بعد العتق، ثم يرجع هو بما ضمن من قيمة الولد على الأمة المستحقة بعد العتق إن كانت هي الغارة له.

لمحمد رحمه الله أنه تزوجها رغبة في حرية الأولاد معتمداً على قولها، فلم يحصل له، فصار مغروراً كالحر، فتكون أولاده أحراراً بالقيمة، دفعا للضرر عنه، كالحر، ولهما أنه مولود بين رقيقين، فيكون رقيقاً، إذ الولد يتبع الأم في الرق والحرية، وتركوا هذا في الحر بإجماع الصحابة رضي الله عنهم، والعبد ليس في معنى الحر؛ لأن حق المولى هو المستحق في الحر مجبور بقيمة واجبة في الحال، وفي العبد بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتق، فتعذر الإلحاق لعدم المساواة، هكذا ذكروا هنا.

وهذا مشكل جداً، فإن دين العبد إذا لزمه بسبب أذن فيه المولى يظهر في حق المولى، ويطلب به للحال، والموضح هنا مفروض فيما إذا كان بإذن المولى، وإنما يستقيم هذا إذا كان التزوج بغير إذن المولى؛ لأنه لا يظهر الدين فيه في حق المولى، فلا يلزمه المهر، ولا قيمة الولد في الحال. (الزيلي بحذف)

وأجاب الرازي بأن المولى إنما أذنه بالنكاح وما يتعلق به من المهر والنفقة، فيظهر في حقه، أما الغرر فليس بإذنه، فلا يكون راضياً به، فتأخر إلى ما بعد عتقه... إلخ، وقال العلامة الوافي: إن الإذن بالشئ إنما يكون إذناً بما يتعلق به إذا كان من لوازمه، والوطء ليس كذلك. (الطحطاوي)

(٢) قوله: "وإن وطئ" أي لو اشترى المكاتب أمة فاسداً فوطئها، ثم ردها بحكم الفساد على البائع، وجب عليه العقر في حال الكتابة قبل العتق، وكذلك العبد المأذون له في التجارة؛ لأن هذا من باب التجارة، فإن التصرف يقع صحيحاً تارة، ويقع فاسداً أخرى، والكتابة والإذن ينتزمان البيع والشراء بنوعيهما، فكانا فيهما، كالتوكيل بهما، فيظهر في حق المولى، فيؤاخذان به في الحال. (الزيلي)

(٣) يعني في حال الكتابة قبل العتق في صورتين جميعاً.

أى بعد عتقه
أُخِذَ بِهِ مَذْعَتَق.

فصل^(١)

ولدت^(٢) مكاتباً من سيدها مضت على كتابتهما، أو
عجزت، وهى أم ولده، وإن كاتب^(٣) أم ولده، أو مدبره صح،
نفسها شخص ما فعله من الكتابة

(٤) قوله: "ولو بنكاح" أى لو تزوج المكاتب المرأة بغير إذن مولاه، فوطئها يؤخذ بالعقر بعد العتق، وكذلك المأذون له فى التجارة؛ لأن التزوج ليس من الاكتساب، ولا من باب التجارة، فلا ينتظمه الإذن بالتجارة، بخلاف الفصل الأول، وهو ما إذا وطئ بحكم الشراء الفاسد؛ لأن الإذن بالتجارة أو الكتابة تناول الشراء الفاسد على ما بينا، فيكون ظاهراً فى حق المولى، وبخلاف ما إذا اشترى أمة فوطئها، ثم استحققت حيث يؤخذ بالعقر فى الحال؛ لأن من توابع التجارة، فيتناوله الإذن. (الزيلعى بحذف)

(١) قوله □ "فصل" ذكر هذه المسائل فى فصل على حدة لاختصاصها بأحكام تخالف ما سبق. (التكملة)

(٢) قوله: "ولدت" أى إذا ولدت مكاتباً من سيدها، فلها الخيار، إن شاءت بقيت على كتابتها، وتأخذ العقر من لتستعين به فى بدل الكتابة إن كان العلوق حال الكتابة، بأن جاءت به لأكثر من ستة أشهر مذ كاتبها، وإن جاءت به لأقل فلا عقر عليه، أو إن شاءت عجزت نفسها، أى اعترفت بالعجز عن أداء بدل الكتابة، وهى أم ولده، ويثبت نسبه بلا تصديقها؛ لأنها ملكة رقبة، وإنما خيرت لأنه تلقاها جهتها حرية عاجلة ببذل أو أجلة بغير بدل، وفى كل منهما فائدة، وهى تعجيل الحرية ببذل، وحصول الحرية بلا بدل، وتختار أيهما شاءت، وإذا مات المولى عتقت بالاستيلاء، وسقط عنها مال الكتابة؛ لأنها ما التزمت البذل إلا لتسلم لها نفسها بمقابلة بجهة الكتابة، فإذا سلمت لها بجهة أخرى لم ترض بتسليمه له، أو لورثته مجاناً، فلا يجب عليهما. (الدر والطحاوى)

(٣) قوله: "وإن كاتب" أى لو كاتب شخص أم ولده، أو مدبره صح، أى عقد الكتابة لعدم المنافاة بينهما حتى لو أديا بدل الكتابة قبل موت المولى عتقاً لبقاء الرق فيهما، وإن كانت أم الولد غير متقومة عنده، وعتقت أم الولد مجاناً بموت بالاستيلاء، أى عتقت من غير شيء بسبب أنها مستولدة، وحكم الاستيلاء بعد الكتابة باق، فإنها لا تنافيه، فلا تطالب ببذل الكتابة؛ لأنها إنما التزمت المال فيها لتسلم لهما رقبتهما بجهتها، والحال أنها لم تسلم بهذه الجهة، فلا يجب البذل. (الدر والطحاوى بتصرف)

قبل أداء بدل الكتابة ^{الباء للمصاحبة} أي المكاتب بعد موت المولى إنشاء
 وعتقت مجاناً بموته، وسعى^(١) المدبر في ثلثي قيمته،
 أي في جميع بدل الكتابة أراد أن المولى لم يترك شيئاً غيره التدبير نفسه عن الكتابة
 أو كل البذل بموته فقيراً، وإن دبر مكاتبه صح^(٢)، فإن عجز
 لوجود السبب الموجب أي وإن لم يعجز بأن مضى على الكتابة أي بدل الكتابة أي بموت المولى
 بقي مدبراً، وإلا^(٣) سعى في ثلثي قيمته، أو ثلثي البذل بموته
 معسراً.

لأنه التزمه ليحصل العتق، وقد حصل بدونه أي وإن كاتب المولى عبده المولى
 وإن أعتق مكاتبه عتق، وسقط البذل، وإن كاتبه على ألف

(١) قوله: "وسعى" أي لو مات بعد ما كاتبه، ولا مال له غيره، فهو بالخيار بين أن يسعى في ثلثي قيمته، أو جميع بدل الكتابة، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف: يسعى في الأقل منهما؛ لأنه يختار الأقل لا محالة، فلا معنى للتخيير.

وقال محمد: في الأقل من ثلثي القيمة وثلثي البذل؛ لأنه قابل البذل بالكل، وقد سلم له الثلث بالتدبير، فلا يجب البذل بمقابلة، كما إذا تأخر التدبير عن الكتابة، فأبو يوسف مع أبي حنيفة في المقدار، ومع محمد في نفى الخبر، ولأبي حنيفة وأبي يوسف أن البذل وإن قوبل بالكل صورة وصيغة، لكنه مقابل بثلثي رقبته معنى وإرادة؛ لأن الظاهر أن الإنسان لا يلتزم البذل بمقابلة ما يستحق حرته، كما إذا طلقها ثنتين، ثم طلقها ثلاثاً بألف، كان جميع الألف بمقابلة الواحدة لدلالة الإرادة، بخلاف ما إذا تقدمت الكتابة، وهي المسألة اللاحقة؛ لأن البذل مقابل بالكل، إذ لا استحقاق في شيء عند المقابلة، ولأبي حنيفة في الخيار اختلاف البديلين تأجيلاً وتعجيلاً، ففي التخيير فائدة، وأن الجنس لجواز كون أكثرهما السير لكونه مؤجلاً، وأقلهما أعسر لكونه حالاً. (الكشف والزيلعي)

(٢) قوله: "صح" لأنه يملك بتخيير العتق، فيملك التعليق بشرط، وهذا التصرف نافع له لاحتمال أن يموت المولى قبل أداء بدل الكتابة، فيعتق مجاناً، أو يعجز عن أداء بدل الكتابة، فيبقى مدبراً. (التكملة)

(٣) قوله: "وإلا" يعني إن لم يعجز، ومات المولى معسراً، فهو بالخيار بين أن يسعى في ثلثي قيمته، أو ثلثي بدل الكتابة عند الإمام، وقالوا: يسعى في الأقل منهما، فالخلاف في الخيار مبني على تجزئ الإعتاق، وعدمه.

وأما المقدار هنا فمتفق عليه؛ لأن بدل الكتابة مقابل بكل الرقبة، إذ لم يستحق شيء من الحرية قبل ذلك، فإذا عتق بعض الرقبة مجاناً بعد ذلك، سقطت حصته من بدل الكتابة، بخلاف ما إذا تقدم بالتدبير؛ لأنه سلم لتدبير الثلثين، فيكون بدل الكتابة مقابلاً لما لم يسلم، وهو الثلث. (التكملة بحذف)

أى على نصف ألف الصلح
 مؤجل، فصالحه على نصف حال صح^(١).
 الجملة صفة المريض، أو حال منه بتقدير "قد"
 مات^(٢) مريض كاتب عبده على ألفين إلى سنة وقيمته
 أى قيمة العبد أى أدى العبد المكاتب وهو الألفان أى عند انتهاء أجله
 ألف، ولم تجز الورثة^(٣)، أدى ثلثي البدل حالا، والباقي إلى
 إلى حالته الأولى
 أجله، أو رد رقيقاً، وإن كاتبه^(٤) على ألف إلى سنة وقيمته
 أى الورثة العبد المكاتب وسقط عنه الباقي إلى حالته الأولى
 ألفان، ولم يجيزوا، أدى ثلثي القيمة حالا، أو رد رقيقاً.

(١) قوله: "وصح" استحساناً لا قياساً لعدم صحة مثله في الحر ومكاتب الغير؛ لأنه اعتياض عن الأجل، وهو ليس بمال، والدين مال، فكان ربا، وجه الاستحسان أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه؛ لأنه لا يقدر على الأداء إلا به، وبدل الكتابة مال من وجه دون وجه، حتى لا تصح الكفالة فاعتدلا، فلا يكون ربا. (الكشف)

(٢) قوله: "مات" معناه أن مريضاً كاتب عبده على ألفين إلى سنة، وقيمته ألف درهم، ثم مات المولى، ولا مال له غيره، فإنه يؤدي ثلثي الألفين حالا، والباقي إلى أجله، أو يرد رقيقاً، هذا عند أبي حنيفة، وقال محمد: يؤدي ثلثي الألف حالا، والباقي إلى أجل.
 ولهما أن جميع المسمى بدل الرقبة حتى أجرى عليه أحكام الإبدال، حتى يبيع مرابحة على جميع الثمن، وحق الورثة متعلق بالمبدل، فكذا بالبدل، والتأجيل إسقاط معنى؛ لأنه إبراء موقت، والإبراء إسقاط من وجه) فيعتبر من ثلثي جميع المال، وقد كان إسقاط ثلث ما تعلق به حق الوارث أى من الأموال، فكذا تأجيله؛ لأنه إسقاط معنى. (الكشف)

(٣) ذلك ولا مال له غيرم

(٤) قوله: "وإن كاتبه" اعلم أن هذه المسألة عكس المسألة الأولى، ففي الأولى كانت القيمة العبد ناقصة عن بدل الكتابة في هذه بدل الكتابة زائد على القيمة.

وتصوير المسألة: أن المولى كاتب عبداً قيمته ألفان في مرض موته على ألف إلى سنة، ومات وليس له مال غيره، والورثة لم يجيزوا ذلك، فحكمه أن يؤدي ثلثي القيمة - وفي الأولى: كان حكمه أن يؤدي ثلثي البدل - حالا، وإلا رد رقيقاً، وهذا بالاتفاق؛ لأن المحاباة - أى التبرع في القدر وهو إسقاط ألف درهم، والأجل وهو تأجيله الألف - هنا حصلت في القدر والتأخير، فاعتبر الثلث فيهما.
 والفرق لمحمد بين هذه المسألة وبين الأولى أن الزيادة على القيمة كانت حق المريض في الأولى، حتى كان يملك إسقاطها بالكلية، بأن يبيعه بقيمة فتأخيرها أولى؛ لأنه أهون من الإسقاط، وهنا وقعت الكتابة على أقل من قيمته، فلا يملك إسقاط ما زاد على ثلث قيمته، وإلا تأجيله؛ لأن حق الورثة تعلق بجميعه بخلاف الأول.

هذا الأمر بعد ما بلغه

الألف

درهم

حر^(١) كاتبٌ عن عبده بألف وأدى عتق، فإن قبل

المولى أى العبد الحاضر والعبد الغائب

العبد، فهو مكاتب، وإن كاتب^(٢) الحاضر والغائب، وقبل

أى الكتابة والتذكير باعتبار العقد أى الحاضر والغائب جميعاً المؤدى منهما

الحاضر صح، وأيهما^(٣) أدى عتقا، ولا يرجع^(٤) على صاحبه،

(١) قوله: "حر" صورة المسألة: أن يقول حر لمولى العبد: كاتب عبدك فلاناً على ألف درهم على أنى إن أديت إليك ألفاً فهو حر، فكاتبه المولى على هذا الشرط، وقبل الرجل، ثم أدى ألفاً، فإنه يعتق؛ لأن عتقه تعلق بأداءه، فيعتق بوجود الشرط من غير قبول العبد وإجازته، كما إذا علقه بغيره من الشروط، وإذا بلغ العبد تقبل صار مكاتباً؛ لأن الكتابة كانت موقوفة على إجازته وقبوله، فصار إجازة فى الانتهاء كقبوله فى الابتداء، ولو قبله فى الابتداء أو وكله به، كان ينفذ، فكذا إذا أجازته.

ولو قال العبد: لا أقبله، فأذن عنه الرجل الذى كاتب عنه، لا يجوز؛ لأن العقد ارتد برده، ولو ضمن الرجل لم يلزمه شيء؛ لأن الكفالة تبدل الكتابة لا تجوز، ولو لم يقل: على أنى إن أديت إليك ألفاً فهو حر، فأدى لا يعتق قياساً؛ لأن العقد موقوف، والموقوف لا حكم له، ولم يوجد التعليق، وفى الاستحسان يعتق؛ لأن الكتابة صحيحة نافذة فيما ينفع العبد، وهو أن يعتق عند أداء المشروط موقوفة فيما يرجع إلى وجوب البدل عليه، نظراً للبدل، وتصحيحاً للعقد بقدر الإمكان. (الزيلعى)

(٢) قوله: "وإن كاتب" يعنى إذا كاتب عبيدين أحدهما حاضر، والآخر غائب، بأن قال العبد لمولاه: كاتبني بألف عن نفسى وعن فلان الغائب، فكاتبتهما، فقبل الحاضر جاز، وفى "المحيط": ولو كاتب عبداً حاضراً أو آخر غائباً، وقبل الحاضر جاز استحساناً. . . اهـ.

فظهر أنه لا فرق فى البداية بين أن تكون من السيد أو من العبد، والقياس أن يصير الحاضر مكاتباً وحده؛ لأنه عقد الكتابة على نفسه وعلى الغائب، فينفذ عليه، ويتوقف فى حق الغائب على إجازته.

كما إذا باع ماله ومال غيره، أو كاتب عبده وعبده غيره، وجه الاستحسان أن المولى خاطب الحاضر قصداً، وجعل الغائب تبعاً له، والكتابة على هذا الوجه مشروعة، كالأمة إذا كتبت دخل فى كتابتها ولدها المولود فى الكتابة، أو المشتري فيها أو المضموم إليها فى العقد تبعاً لهما حتى يعتقوا بأدائها، وليس عليهم شيء من البدل. (التكملة)

(٣) قوله: "وأيهما" أى أيهما أدى بدل الكتابة عتقاً لوجود الشرط فى حقهما، وهو أداء بدل الكتابة، ويجبر المولى على القبول، أما إذا دفع الحاضر فلان البدل عليه، وهو أصل فيه، وأما إذا دفع الغائب فلأنه ينال به شرف الحرية، فيجبر المولى على القبول لكونه مضطراً إليه، كما إذا أدى ولد المكاتبه فإنه يجبر على القبول، وإن لم يكن البدل عليه، كمعير الرهن إذا دفع الدين إلى المرتن، فإن المرتن يجبر على القبول، لحاجته إلى استخلاص عينه، وإن لم يكن عليه الدين. (الزيلعى)

(٤) قوله: "ولا يرجع" أى لا يرجع واحد منهما على الآخر بما أدى إلى المولى من بدل الكتابة، أما الحاضر فلأنه قضى ديناً عليه، فلا يرجع به إلى غيره، وإن عتق معه؛ لأنه تبع له، كما إذا أدى

ولا يؤخذ^(١) الغائب بشيء، وقبوله لغو^(٢)، وإن كاتبته الأمة^{لا تعتبر}
 عن نفسها، وعن ابنين صغيرين^{عقد هذه الكتابة} لها صح، وأى^{بدل الكتابة} أدى لم
 على صاحبه
 يرجع.

بين اثنين

باب^(٥) كتابة العبد المشترك

عبد لهما أذن^{أى مملوك لهما} أحدهما صاحبه أن يكاتب حظه بألف^{أى نصيبه درهم}،

المكاتب البذل، وعنده أولاده وآباءه، فإنه لا يرجع عليهم بشيء، وإن عتقوا معه لكنهم أتباعاً، وأما الغائب فلأنه أدى بغير أمره، وليس بمضطر فيه من جهته، بل يطلب نفعا مبتدأ، بخلاف معير الرهن إذا أدى الدين لاستخلاص عينه، فإنه يرجع على الراهن؛ لأنه مضطر من جهة. (الزليعى)

(١) قوله: "ولا يؤخذ" أى ولا يطالب المولى الغائب ببذل الكتابة؛ لأنه لا دين عليه، إذ لم يلزم له شيئاً، وإن دخل فى الكتابة تبعاً، فصار نظير ولد المكاتب، فإنه لا يطالب بشيء، إذ ليس عليه دين ومع هذا لو أدى البذل يجبر المولى على القبول. (الزليعى)

(٢) قوله: "لغو" أى قبول الغائب لغو لا يعتبر، وكذا رده لغو؛ لأن الكتابة قد نفذت، وتمت من غير قبوله، فلا يعتبر بعد ذلك قبوله، ولا يتغير برده، كمن كفل بدين عن غيره بغير أمره، فبلغه فأجاز فإجازته باطلة، ولا يعتبر حكمه حتى لو أدى عنه لا يرجع عليه. (الزليعى)

(٣) قوله: "صغيرين" قيد بالصغيرين ليدل على أن لا أثر لقبول الغائب ورده، وكان الغرض من ذكر هذه المسألة إفادة هذه الفائدة، وإلا فهي مسألة الحاضر والغائب بعينها وبالصغيرين؛ لأنه لو وضع المسألة فى صغير واحد لتوهم أن العقد إذا كان عن اثنين أو أكثر، وأدى أحد الأولاد يعتق أى المؤدى إذ لا أصالة فى الأولاد بينهم، بخلاف الأمة وابنها. (الكشف وحاشية)

(٤) أى أى واحد من هذه الثلاثة وهم الأم والابن.

(٥) قوله: "باب" ذكر كتابة المشترك بعد غير المشترك لأن الاشتراك خلاف الأصل؛ ولأن المشترك من غيره كالمفرد والمركب. (المجمع)

(٦) قوله: "أذن" قال فى "التبيين": وفائدة الإذن بالكتابة أن لا يكون له حق الفسخ، كما يكون له إذا لم يأذن، وفائدة إذنه بالقبض أن ينقطع حقه فيما قبض، بل يختص به القابض؛ لأن إذنه بالقبض إذن للعبد بالأداء إليه منه، فيكون متبرعاً بنصيبه على المكاتب، فيصير المكاتب أخص، فإذا قضى به دينه اختص به القابض، وسلم له كله إلا إذا أنهاه، وقيل: الأداء ليصح منه؛ لأنه تبرع لم يتم بعد.

ويقبض بدل الكتابة، فكاتب وقبض بعضه، فعجز فالمقبوض^(١) للقباض^(٢).

أى ادعى الواطئ الولد خاصة مشتركة بينهما
أمة بينهما كاتبها فوطئها أحدهما، فولدت فادعاه، ثم
الأمة الشريك الآخر الأمة عن الكتابة بعد ذلك أى الواطئ الأول
وطئ الآخر فولدت، فادعاه فعجزت، فهي^(٣) أم ولد للأول،
ضمان نصف العقر لوطئه جارية مشتركة لوطئه أم ولد الغير
وضمن لشريكه^(٤) نصف قيمتها، ونصف عقرها، وضمن
أى وأى واحد من الشريكين
شريكه عقرها، وقيمة الولد، وهو^(٥) ابنه، وأى^(٦) دفع العقر إلى

(١) أى وإن أدى ألفاً عتق حظه، ولم يضمن لشريكه ولكن يسعى العبد فى نصيب الشريك الذى لم يكاتب بين الاثنين.

(٢) قوله: "للقباض" هذا عند الإمام؛ لأن الكتابة تجزئ على قوله لإفادتها الحرية يداً، فيكون مقتصرًا على نصيبه، ودالا على إذن العبد بالأداء إليه، فيكون متبرعًا فى نصيبه على القابض، فيكون كل المقبوض له.

وقالا: هو مكاتب بينهما، وما أدى فهو بينهما؛ لأن الإذن بكتابة نصيبه إذن بكتابة الكل؛ لأن الكتابة لا يتجزأ عندهما كالحرية، فيكون القابض أصيلاً فى بعض مقبوضه، ووكيلاً فى بعضه لشريكه، فيصير المقبوض مشتركاً بينهما بعد العجز، كما كان مشتركاً قبل العجز. (المجمع)

(٣) قوله: "فهي" لأن بالعجز جعل الكتابة كأنها لم تكن، فتبين أن الجارية كلها أم ولد للأول، لصحة دعوته لقيام الملك، لكن اقتصر الاستيلاء على نصيبه؛ لأن المكاتب لا ينتقل من ملك إلى ملك، فلما عجزت انعدمت الكتابة المانعة من الانتقال، فانتقل نصيب شريكه إليه لسبق وطئه.
جواب عما يقال: إن كلاله ملك فيها، وقد وطئ كل، وادعى فما المرجح لاختصاص الأول بكونها أم ولد له. (الطحطاوى والكشف)

(٤) لاستملاك نصيبه لما استكمل الاستيلاء.

(٥) قوله: "وهو" ابنه حر؛ لأنه ولد المغرور لقيام ملكه وقت الوطء ظاهراً، وولد المغرور ثابت النسب حر بالقيمة، وقالوا: هو عبد للأول، ولا يثبت نسبه من الثانى، غير أنه لا يجب الحد عليه للشبهة. (الكشف)

(٦) قوله: "أى أى واحد من الشريكين دفع العقر إليها، أى المكاتبه قبل العجز جاز دفعه؛ لأنه حقه حال قيام الكتابة لاختصاصها بنفسها، فإذا عجزت ترد إلى المولى أنه ظهر اختصاصه بها، هذا

دفعه ^{أي الشريك الثاني} والمسألة بحالها ^{أي الأمة} على الكتابة
 المكاتبه صح، وإن دبر ^(١) الثاني ولم يطأها، فعجزت بطل
 أي الأمة ^{لأنه نصيب شريكه المستولد} لتملكه بالاستيلاء
 التدبير، وهي أم ولد للأول، وضمن ^(٢) لشريكه نصف قيمتها
 لو قوع الوطء في المشترك. لصحة دعوته لقيام الملك. أي الشريكان الأمة. أي أعتقها.
 ونصف عقرها، والولد للأول، وإن كاتبها، فحررها
 فعجزت ^{المعتق عن الكتابة} أي قيمة الأمة
 أحدهما موسراً فعجزت، ضمن لشريكه نصف قيمتها،
 عتق ^{أي على الأمة} ورجع به ^(٣) عليها.
 أي مملوك ^{للاتين} عبد ^(٤) لهما دبره أحدهما ثم حرره الآخر موسراً، للمدبر

كله عند الإمام، وعندهما كل الأمة أم ولد للأول حين ادعاه؛ لأن تكمل مؤمية الولد واجب بالاتفاق فيما أمكن بناءً على أن استيلاء المكاتبه غير متجز، والتكامل ممكن بسبب فسخ الكتابة بالاستيلاء فيما لا تنضربه المكاتبه، فينتقل نصيب الثاني إلى الأول، كما ينتقل بفسخ الكتابة بالعجز. (المجمع)

(١) قوله: "وإن دبر" أي ولو لم يطأ الثاني الأمة المكاتبه المشتركة بعد استيلاء الأول، بل دبرها، فعجزت عن الكتابة، بطل التدبير بالإجماع، أما عندهما فلأن المستولدة يملكها قبل العجز، وأما عنده فلائنه بالعجز ظهر أن كلها أم ولد للأول، وأن الثاني لم يكن له فيها ملك لما مر، والملك شرط لصحة التدبير، بخلاف ثبوت النسب؛ لأن الملك من حيث الظاهر كافٍ لثبوت النسب، واستحقاق الولد بالغرور، ولا كذلك التدبير، فإنه لا يثبت بالشبهات، ولهذا لو اشترى أمة فدبرها، ثم استحققت بطل التدبير.

ولو استولدها فاستحققت لم يبطل النسب، وكان الولد حراً بقيمة، فكذا هنا. (المجمع)

(٢) قوله: "ضمن" وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يرجع المعتق عليه يستعيها الساكت إن كان المعتق معسراً، والأصل في هذا أن الإعتاق لا يتجزأ عندهما والكتابة تمنع العتق، فعتقت كلها، وانفسخت الكتابة، فالحكم عندهما ما تقدم من أصل الإمام أن العتق عنده يتجزأ، فجاز إعتاق النصف، فلا يؤثر الفساد في نصيب الساكت، فلا يضمن المعتق قبل العجز لعدم ظهور أثر الإعتاق فيها، فإذا عجزت ظهر أثر اعتق، وكان للساكت الخيارات المذكورة في العتق، وهي إن كان موسراً، فله أن يعتق أو يستسعى، أو الضمان، فإذا ضمن كان للمعتق أن يرجع على العبد، وإن كان المعتق معسراً كان خيار العتق أو الاستسعاء على ما بينا في العتق. (التكملة)

(٣) أي بنصف القيمة الذي ضمنه لشريكه.

(٤) قوله: "عبد" هنا صورتان: الأولى: إذا كان عبد بين اثنين، ودبره أحدهما، ثم حرره الآخر، وهو موسر، فللمدبر أن يضمن المعتق نصف قيمته، وإن شاء أعتق، وإن شاء استسعى.

أى قيمة العبد أى وإن أعتق العبد أى أحد الشريكين
 أن يُضمّن المعتق نصف قيمته، وإن حرره أحدهما، ثم دبر
 أى الشريك الآخر.
 الآخر، لا يضمّن المعتق.

باب^(١) موت المكاتب وعجزه وموت المولى

مكاتب عجز عن نجم^{أى عن أداء نجم} وله مال، سيصل لم يعجزه^(٢)
 فى الحال، بل أمهله

والثانية: عكسها، ففى الأولى التدبير أولاً والتحرير ثانياً، وفى الثانية التحرير أولاً، والتدبير ثانياً. وهذا الفرق كان فى صورة المسألتين.

وأما فى حكمهما ففى الأولى كما عرفت أنفاً للمدبر تضمين المعتق أو إعتاق العبد أو استسعاء، وفى الثانية ليس له تضمين المعتق، وإنما له الاستسعاء، أو الإعتاق، وهذا عند أبى حنيفة، ووجهه أن التدبير يتجزأ عنده، فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه، لكن يفسد به نصيب الآخر، فيثبت له خيرة الإعتاق والتضمين والاستسعاء، لما عرف من مذهب، فإذا أعتق لم يبق خيار التضمين والاستسعاء، وإعتاقه يقتصر على نصيبه؛ لأنه يتجزأ عنده، ولكن يفسد به نصيب شريكه، فله القيمة قيمة نصيبه، وله خيار الإعتاق والاستسعاء أيضاً، كما هو مذهبه، فإذا ضمنه يضمّن قيمة نصيبه مدبراً؛ لأن الإعتاق صادفه وهو مدبر.

ثم قيل: قيمة المدبر تعرف بالتقويم، وقيل: يجب ثلثا قيمته، وهو فن؛ لأن المنافع أنواع ثلاثة: البيع وأشباهه، والاستخدام وأمثاله، والإعتاق وتوابعه والفائت البيع، فيسقط الثلث، وإذا ضمنه لا يتملك بالضمان؛ لأنه لا يقبل النقل من ملك إلى ملك كما إذا غصب مدبراً وأبق، وضمن الغاصب قيمته، فإنه لا يتملك فكذا هذا.

وإن أعتقه أحدهما أولاً كان للآخر الخيارات الثلاث عنده، فإذا دبره لم يبق له خيار التضمين، ويستسعى، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إذا دبره أحدهما، فإعتاق الآخر باطل؛ لأنه لا يتجزأ عندهما، فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير، ويضمّن نصف قيمته موسراً كان أو معسراً؛ لأنه ضمان تملك، فلا يختلف بهما، ويضمّن نصف قيمته قنّاً؛ لأنه صادفه التدبير وهو قن، وإن أعتقه أحدهما أولاً، فتدبير الآخر باطل؛ لأن الإعتاق لا يتجزأ عندهما، فيعتق كله، فلم يصادف التدبير الملك، وهو يعمده ويضمّن نصف قيمته إن كان موسراً؛ لأن هذا ضمان الإعتاق، فيختلف باليسار والإعسار عندهما. (عز)

(١) قوله: "باب تأخير هذا الباب ظاهر المناسبة لتأخير أحكامه عن عقد الكتابة؛ لأن الموت والعجز عارضان بعد الكتابة، فكان التأخير هو المناسب؛ لأن العارض بعد الأصل. (الطحاوى)

(٢) قوله: "لم يعجزه" أى إذا عجز المكاتب عن نجم - النجم فى الأصل: الطالع، ثم سُمى به الوقت، ثم الوظيفة التى تؤدى فى ذلك الوقت لملاسة بينهما - فإن رَجى له حصول مال بأن كان لهذا المكاتب على آخر دين، يَرَجى أن يكون مقبوضاً، أو مال يَرَجى قدومه لا يعجل الحاكم بتعجيزه، ويمهل

أى أو نسخ، فهو لا يرضاه بعد أن عجز.
 الحاكم إلى ثلاثة أيام، وإلا^(١) عجزه وفسخها^(٢)، أو سيده^(٣)
 أى إلى المكاتب أى الذى لأنه ظهر أنه كسب عبده
 برضاه، وعاد^(٤) أحكام الرق، وما فى يده لسيده.
 المكاتب حالية الكتابة والباقي لورثته أى بدلها
 وإن مات وله مال لم تفسخ^(٥)، وتؤدى كتابته من ماله،

يومين أو ثلاثة أيام نظراً إلى الجائنين والثلاثة هى المدة التى ضربت لإبلاء الأعذار أى إظهار الأعذار،
 كما فى مدة الخيار، وإمهال المرتد، وإمهال المدعى عليه للدفع بعد توجه الحكم عليه، وإمهال المدين
 للقضاء، فإنه إذا استهل ثلاثة أيام يمهل، فلا يزداد عليه. (المجمع بحذف والزيلعى والطحطاوى)

(١) قوله: "وإلا" أى وإن لم يكن له مال سيصل إليه فى ثلاثة أيام عجزه الحاكم فى الحال؛ لأن
 عجزه عن نجم إمارة عجز عن الباقي، وقال أبو يوسف: لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان، لقول على
 رضى الله تعالى عنه: إذا توالى على المكاتب نجمان رد فى الرق، ويقول: قال أحمد وابن أبى ليلى،
 وابن عينية، والحسن بن جنى.

قال فخر الإسلام على البزدوى: قول أبى يوسف: استحسان صار إليه تيسيراً على العبد، وفى
 القهستانى عن المضمرات الصحيح قولهما. (العينى والطحطاوى)

(٢) قوله: "وفسخها" أى وجوباً، وذكر الفسخ بعد التعجيز؛ لأن التعجيز غير كافٍ، فلا بد من
 الفسخ بعده، إذ العجز المجرد لا تفسخ به الكتابة، ولا يعود به المكاتب إلى الرق، بل يحتاج بعد ذلك
 إلى القضاء والرضاء. (ط)

(٣) قوله: "أو سيده" أى أو فسخها سيده برضاء المكاتب؛ لأنها تفسخ بالتراضى بلا عذر،
 فبالعذر أولى، وإن لم يرض به العبد فلا بد من القضاء بالفسخ، وقيل: ينفرد المولى بالفسخ، ولا
 يشترط رضاء المكاتب. (العينى والكشف)

(٤) قوله: "وعاد" أى إذا عجز عاد إلى أحكام الرق؛ لأن الكتابة قد انفسخت، وفك الحجر كان
 لأجل عقد الكتابة، فلا يبقى بدون العقد. (الزيلعى)

(٥) قوله: "لم تفسخ" وقال الشافعى: بطلت الكتابة، ومات عبداً، وإمامه فى ذلك زيد بن
 ثابت رضى الله عنه، وأخذ علماءنا بقول على وابن مسعود رضى الله عنهما، ولأنه عقد معاوضة لا
 يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى، فكذا بموت الآخر، والجامع الحاجة إلى بقاء العقد - كالحاجة
 إلى نيل الحرية، فلا يتأدى فى قبره بتغيير أولاده بركبته، وأيضاً أنه من آثار الكفر، فالخلو منه مطلوب -
 بل أولى؛ لأن حقه أكد من حق المولى، حتى لزم العقد فى جانب، والموت أنفى للمالكية منه
 للمملوكية؛ لأن الموت نهاية فى العجز، والمملك نهاية فى القدرة، وبين النهايتين تباين كلى، وأما
 المملوكية فعجز كالموت، فإذا بقى العقد مع أقوى المتنافين، وهو موت المولى لأدنى الحقيين، هو حق
 المولى، فلا يبقى مع أدنى المتنافين لأعلى الحقيين كان أولى. (الكشف وحاشية)

وكذا يحكم بعق أولاده المكاتب الجملة صفة لقوله: ولداً.

وحكم^(١) بعقه في آخر حياته، وإن^(٢) ترك ولداً ولد في

كتابته لا وفاء، سعى كأبيه على نجومه، فإذا أدى حكم

بعقه، وعق أبيه^(٣) قبل موته.

ولو^(٤) ترك ولداً مشترى عجل البدل حالا، أو رد رقيقاً،

فإن اشترى ابنه فمات، وترك وفاء ورثه^(٥) ابنه، وكذا^(٦) لو

(١) قوله: "وحكم" هذا عند الجمهور، إما لأن سبب الأداء موجود قبل الموت، فيستند الأداء إليه، فيكون أداء خلفه كأداء نفسه، إما بأن يقام الترك الموجود منه في آخر جزء من أجزاء حياته مقام التخليّة بين المال وبين المولى، وهو الأداء المستحق عليه، وقال البعض: إنه يعتق بعد الموت، بأن يقدر حياتاً قابلاً للعق، كما يقدر المولى حياً مالاً معتقاً بعد موته، ولهذا يقدر الميت حياً في حق ما يحتاج إليه في أحواله، كتجهيزه وقضاء دينه تنفيذ وصاياه. (الطحطاوى)

(٢) قوله: "وإن أى" وإن ترك المكاتب ولداً في كتابته، ولم يترك وفاءً، أى ما لا بقى ببذل الكتابة، ولم يترك سوى ولده، فإنه يسعى الولد كما كان يسعى أبوه على نجومه لمقسطة، فإن أدى الولد بدل الكتابة، حكم بعق الولد وعق أبيه قبل موته، يعنى في آخر جزء من أجزاء حياته؛ لأن الولد داخل في كتابة أبيه وكسبه ككسبه، وصار كما إذا ترك وفاءً (عز)

(٣) وهو المكاتب الذى ترك ولداً ولم يترك وفاء.

(٤) قوله: "ولو" يعنى إذ مات المكاتب وترك ولداً اشتراه في كتابته، فإما يؤدى البدل في الحال، أو يرد في الرق، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله، وعندهما يؤديه على نجومه؛ لأنه تكتب عليه، فيسعى على نجومه، كالولد المولود في الكتابة؛ لأنه صار بمنزلته، حتى جاز للمولى إعتاقه كما يجوز إعتاق المكاتب نفسه، بخلاف سائر أكساب المكاتب، فإنه لا يملك إعتاقه.

ولأبى حنيفة رحمه الله أن الأجل يثبت بالشرط في العقد، فيثبت في حق من دخل تحت العقد، والمشتري لم يدخل تحت العقد، لأنه لم يصف إليه العقد، ولم يسر حكمه إليه، لكونه منفصلاً عنه وقت الكتابة، وكان ينبغى أن يباع بعد موته لفوات المتبوع، ولكن إذا عجل وأعطى من ساعته صار كأنه مات عن وفاء، بخلاف الولد المولود في الكتابة؛ لأنه ماء بعد الكتابة، فيدخل في حكمه، ويسعى على نجومه، فعلى هذا لو اشترى ابنه المولود بعد الكتابة من امرأة له أمة، ينبغى أن يدخل في كتابته؛ لأنه من ماء بعد الكتابة. (عز)

(٥) قوله: "ورثه" لأنه لما أدى بدل الكتابة حكم بعقه في آخر جزء من أجزاء حياته، فينفعه في ذلك الوقت، فيكونان حرين، فيظهر أنه مات حر عن ابن حر. (الزبيلى)

كان هو وابنه مكاتبتين كتابةً واحدة.

ولو ترك^(١) ولدًا من حرة^(٢) ودينًا^(٣) فيه وفاءً بمكاتبتته،

فجنى الولد، فقضى به على عاقلة الأم، لم يكن ذلك قضاء

بعجز المكاتب، وإن اختصم^(٤) موالى الأم والأب فى ولاءه،

فقضى به لموالى الأم، فهو قضاء بالعجز، وما أدى المكاتب من

الصدقات وعجز طاب^(٥) لسيده^(٦).

(٦) قوله: "وكذا" لأنهما حينئذ كشخص واحد يعتقان معًا أديا أو يردان فى الرق معًا إن لم يؤديا، وقد عتق الأب آخر حياته، فكذا الابن بالمعية. (الكشف)

(١) قوله: "ولو ترك" أى وإن مات المكاتب وترك ولدًا من امرأة حرة، وترك دينًا على الناس فيه وفاء يبدل الكتابة، فجنى الولد، فقضى القاضى بأرث الجناية على عاقلة الأم، لا يكون ذلك قضاء بعجز المكاتب؛ لأن هذا القضاء يقرر حكم الكتابة؛ لأنها تقتضى إلحاق الولد بموالى الأم، وإيجاب الدية عليهم، لكن على وجه يحتمل أن يعتق، فيجوز الولاء إلى موالى الأب، والقضاء بما يقرر حكم الكتابة لا يكون تعجيزًا. (المجمع)

(٢) أى معتقه فسر الحرة ههنا بذلك؛ لأن حرة الأصل لا ولاء لأحد على ولدها. (الطحاوى)

(٣) قيد لأن فى العين لا يتأتى القضاء بالإلحاق وبالألم لإمكان الوفاء فى الحال. (الدر المختار)

(٤) قوله: "وإن اختصم" أى إن اختصم موالى الأم وموالى الأب فى ولاءه، قضى به، أى قضى القاضى بالولاء لموالى الأم، فهو قضاء بعجزه أى المكاتب؛ لأن هذا اختلاف فى الولاء مقصودًا، وذلك على بقاء الكتابة وانتقاضها، فإنها إذا فسخت مات عبدًا، واستقر الولاء على موالى الأم، وإذا بقيت واتصل بها الأداء مات حرًا، وانتقل الولاء إلى موالى الأب، وهذا فصل مجتهد فيه، فينفذ ما يلاقيه القضاء، ولهذا كان تعجيزًا.

وهذا كله فيما إذا مات المكاتب عن وفاء، فأديت الكتابة، أو عن ولد فأداها، أما إذا مات، لا عن وفاء، أو لا عن ولد، فاختلفوا فى بقاء الكتابة.

قال الإسكاف: تنفسخ حتى لو تطوع إنسان بأداء بدل الكتابة عنه، لا يقبل منه، وقال أبو الليث: لا تنفسخ ما لم يقض بعجزه حتى لو تطوع به إنسان عنه قبل القضاء بالفسخ، جاز، ويحكم بعته فى آخر حياته. (المجمع)

(٥) قوله: "طاب" لأن الملك يتبدل، وتبدل الملك كتبدل العين، فصار لعين أخرى، وإليه أشار

على أحد بجنانية
أى بالجنانية
العبد عن الكتابة العبد إلى الجنانية
وإن جنى عبد، فكاتبه سيده جاهلاً بها فعجز دفع^(١) أو
العبد بالأرش يعنى حكمه كالأول
أى بموجب الجنانية
فدى، وكذا^(٢) إن جنى مكاتب ولم يقض به فعجز، فإن^(٣)
أى بموجب الجنانية
أى على المكاتب عن الأداء. أى بموجب الجنانية. المكاتب
قضى به عليه فى كتابته فعجز فهو دين بيع فيه، وإن مات

النبي ﷺ بقوله فى حق بريرة: «هى لها صدقة ولنا هدية حين أهدى إليها وكانت مكاتبه».

فإن قيل: إن ملك الرقبة كان للمولى، فكيف يتحقق تبدل الملك؟ قلنا: ملك الرقبة مغلوب فى مقابلة ملك اليد، حتى كان للمكاتب أن يمنع المولى من التصرف فى ملكه، ولم يكن للمولى أن يمنع المكاتب من التصرف، وبالعجز ينعكس الحال، وليس هذا إلا تبدل الملك للمولى. (التكملة)
(٦) ولو كان السيد ممن لا تحمل له الصدقات.

(١) قوله: "دفع" يعنى المولى بالخيار، إن شاء دفع العبد بالجنانية، وإن شاء فداه بالأرش؛ لأنه لما كاتبه وهو يعلم بالجنانية لزمه قيمته؛ لأنه لم يصّر مختاراً للفداء بالمكاتبه من غير علم، وقد امتنع الدفع بفعله من غير أن يصير مختاراً، فيجب عليه الأقل من قيمته ومن الأرش، كما إذا أعتقه أو دبره، أو استولد الجارية، أو باعه بعد ما جنى من غير علم بالجنانية، إلا أن المانع من الدفع على شرف الزوال، فلم يتثقل حق ولى الجنانية من العبد إلى القيمة، فإذا عجز زال المانع، فيخبر بين الدفع والفداء على القاعدة. (الزيلعى)

(٢) قوله: "وكذا" أى وكذا الحكم لو جنى المكاتب، فعجز عن الكتابة قبل القضاء، أى بموجب الجنانية؛ لأنه لما عجز صار قنا، وحكم جنانية القن يخبر فيه المولى بين الدفع والفداء على ما عرف فى موضعه. (المجمع)

(٣) قوله: "فإن" أى إن قضى بموجب الجنانية على المكاتب فى حال كتابته، وهو الأقل من قيمة ومن الأرش، فهو دين عليه، يباع فيه؛ لأن الحق انتقل من الرقبة إلى القيمة بالقضاء، وهذا عند علماءنا الثلاثة.

وقال زفر رحمه الله: يجب عليه قيمته، ولا يباع، وهو قول أبى يوسف رحمه الله أولاً؛ لأن المانع من الدفع موجود وقت الجنانية، وهو الكتابة، فوجب أن يكون موجه القيمة، ولا يتغير كجنانية المذبر وأم الولد.

ولنا أن الأصل فى جنانية العبد الدفع، وإنما يصار إلى القيمة عند تعذر الدفع، والمنافع هنا متردد لاحتمال انفساخ الكتابة، فلا يثبت الانتقال عن الموجب الأصل إلى بالقضاء، أو بالصلح عن الرضاء، أو بالموت عن الوفاء، وهو نظير المغضوب إذا أبى لا تجب عليه القيمة إلا بالقضاء حتى إذا رجع قبل القضاء يكون لمولاه، وإن رجع بعد القضاء يكون للغاصب. (الزيلعى)

السيد لم تنفسخ^(١) الكتابة، ويؤدي^(٢) المال إلى ورثته على

نجومه، وإن^(٣) حرروه عتق مجاناً، وإن حرر البعض لم ينفذ^(٤)

عتقه.

(١) لأنها حق العبد، فلا يبطل بموت السيد، كالتدبير وأمومية الولد.

(٢) قوله: "ولا يؤدي" أي ويؤدي المكاتب البديل إلى ورثته، أي إلى ورثة سيده على نجومه؛ لأن النجوم حقه؛ لأنه أصل وهو الحق المطلوب، فلا يبطل بموت الطالب كالأجل في الدين، هذا إذا كاتبه وهو صحيح، ولو كاتبه وهو مريض لا يصح تأجيله إلا من الثلث. (المجمع)

(٣) قوله: "وإن" أي لو أعتقه جميع الورثة عتق، والقياس أن يعتق؛ لأنهم لم يملكوه؛ لأن المكاتب لا يقبل النقل بسائر الأسباب، فكذا بالإرث، فلهذا لا يكون للإناث منهم الولاء فيه، ولو ملكوه لكان لهم.

وجه الاستحسان: أن هذا يجعل إبراء عن بدل الكتابة، فإنه حقهم، وقد جرى فيه الإرث، فيكون الإعاق منهم إبراء اقتضاءً أو إقراراً بالاستيفاء منه، فتبرأ ذمته؛ لأنه لم يبق عليه دين، فيعتق لبراءة ذمته، كما إذا أبرأه المولى عن بدل الكتابة كله، ويشترط أن يعتقوه في مجلس واحد حتى لو أعتقه بعضهم في مجلس، وأعتقه الآخرون في مجلس آخر، لم يعتق، وقيل: يعتق إذا أعتقه الباقيون ما لم يرجع الأول. (الزيلعي)

(٤) قوله: "لم ينفذ" أي لو أعتقه بعض الورثة لا يعتق منه شيء؛ لأنه لا يملكه، ولا عتق فيما لا يملك ابن آدم، ولا يمكن أن يجعل إبراء ولا إقراراً بالاستيفاء؛ لأن إبراء البعض واستيفاءه لا يوجب عتقه؛ لتعذر ثبوت العتق من جهته، فيبطل المقتضى، وهو الإعاق، ولا يبرأ من الدين أيضاً؛ لأن البراءة لم تثبت إلا اقتضاءً، فإذا بطل المقتضى للإبراء بطل المقتضى أيضاً؛ لأنه لم يثبت إلا به، وبطلن المقتضى يوجب بطلان المقتضى، بخلاف إعاق الجميع؛ لأنه أمكن أن يجعل عبارة عما يحصل به العتق، وهو الإبراء عن جميع البديل، أو الإقرار بالاستيفاء للكل، ألا ترى أنهم لو أبرأوا جميعاً، أو أقرأوا بالاستيفاء عتق، ولو أبرأ بعضهم أو أقر باستيفاء نصيبه لا يعتق. (الزيلعي)

بفتح الواو
كتاب^(١) الولاء^(٢)

بأن دبر عبده فمات، وعنت من ثلثه

الولاء^(٣) لمن أعتق، ولو بتدبير^(٤) وكتابة^(٥)

(١) قوله: "كتاب" أورد كتاب الولاء عقب المكاتب؛ لأنه من آثار زوال ملك الرقبة، ولم يذكره عقب كتاب العتق، ليكون واقعاً عقب سائر أنواع العتق، فإن الكتابة من أنواعه. (الطحاوى)

(٢) قوله: "الولاء" الكلام فيه من وجوه: الأول: فى اشتقاقه، والثانى: فى بيان دليله، والثالث: فى سببه، والرابع: فى معناه لغةً، والخامس: فى معناه عند الفقهاء، والسادس: فى ركنه، والسابع: فى شرطه، والثامن: فى حكمه.

أما الأول: فهو مشتق من الولاء، وهو القرب، وهو حصول الثانى عقيب الأول من غير فصل، أو من الموالة، يقال: ولى الشيء إذا حصل بعده من غير فصل، وهو مفاعلة من الوالية بالفتح، وهو النصرة والمحبة، ودليله قوله ﷺ: «الولاء لمن أعتق»، وقوله عليه الصلاة والسلام: «الولاء لحمه كلحمه النسب».

وسببه الإعتاق؛ لأن المولى أنعم على عبده بالإعتاق، قال الشارح: والأصح أن سببه العتق على ملكه؛ لأنه يضاف إليه، وللإضافة دليل الاختصاص، ولأن من ورث قريبه عتق عليه، وولاء له، ولا إعتاق من جهته.

وأما معناه لغةً: فهو عبارة عن المعاونة والنصرة، أو عبارة عن المواصله والمصادقة، وسمى الولى ولياً لتناصره وتعاونه بحبيبه وصديقه، وعند الفقهاء: عبارة عن التناصر، سواء كان بالإعتاق أو بعقد الموالة.

وأما ركنه فقوله: أعتقت أو ملك القريب، أو عقدة الموالة، ويشترط كون المعتق أهلاً للولاء، وهو أن يكون أهلاً للإرث، وهو كونه حراً مسلماً، وأولاده يكونون أهلاً بالعصوبة لا بالقرابة، وحكمه أن يعقل الجناية حال حياة معتقه، والإرث منه بعد مماته. (التكملة بحذف)

(٣) قوله: "والولاء" وهو لفظ الحديث أخرجه الأئمة الستة عن عائشة الصديقة رضى الله تعالى عنها عن النبى ﷺ: «الولاء لمن أعتق» يعنى إن أعتق مملوكه ذكر كان السيد أو أنثى فولاه له. (المجمع)

(٤) قوله: "بتدبير" فإن قيل: كيف يكون الولاء فى التدبير والاستيلاء للسيد والمدير وأم الولد إنما تعتقان بعد موت السيد؟ قلنا: صورته أن يرتد السيد، ويلحق بدار الحرب حتى يحكم بعتق مدبره وأم ولده ثم جاء مسلماً، فمات مدبره أو أم ولده، فالولاء له - انتهى -.

وفيه كلام؛ لأن الغرض إثبات الولاء للسيد فى جميع المواد، كما يدل عليه تصوير المسألة، فالجواب أن يقال: إن الولاء يثبت ابتداء للمولى، ثم ينتقل إلى ورثته، فيستقيم الكلام فى المكاتب الذى أدى البذل بعد موت السيد إلى الورثة، وكذا فى العبد الموصى بشراء ثم أعتقه أو غيرهما تدبر. (المجمع)

واستيلاد^(١) وملك قريب^(٢)، وشرط^(٣) السائبة لغو، ولو^(٤) أع^{رجل}تق
 حاملا من زوجها القن، لا ينتقل ولاء الحمل عن موالى الأم^{الأمة}
 أبداً، فإن^(٥) ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر، فولاء^{الولد}
 لمولى الأم، فإن عتق العبد جر^{قبل موت الولد وهو الأب}^(٦) ولاء ابنه إلى مواليه.

(٥) بأن كاتب عبده، وأدى بدل الكتابة فعتق.

(١) بأن استولد جارية، ومات عتقت من جميع ماله.

(٢) بأن ملك أباه أو ابنه بشراء أو هبة أو نحو ذلك، فعتق عليه.

(٣) قوله: "وشرط" أى لو أع^{رجل}تق المولى عبده، وشرط أن لا يرثه، كان الشرط لغواً لكونه مخالفاً
 لحكم الشرع فيرثه، كما فى النسب إذا شرط أنه لا يرثه. (الزيلعى)

(٤) قوله: "ولو" أى ومن أع^{رجل}تق أمة حاملا من زوج قن للغير، فولدت الأمة الحامل ولداً بعد
 عتقها لأقل من نصف سنة، فولاء الولد له، أى المولى، لا ينتقل ولاء الحمل عنه، أى عن مولى الأم إلى
 مولى الأب إن أع^{رجل}تق أبوه أبداً؛ لأنها لما أع^{رجل}تقت، وتيقن وجود الحمل فى ذلك الوقت عتق حملها
 مقصوداً؛ لأنه جزءها، فلا ينتقل من موالىها الولاء على التابيد، لقوله عليه الصلاة والسلام: «الولاء
 لمن أع^{رجل}تق». (المجمع)

(٥) قوله: "فإن ولدت" لا فرق بين المسألة المتقدمة وبين هذه إلا أنه فرض فى الأولى أنها ولدت
 لأقل من ستة أشهر، وفى هذه أنها ولدت لأكثر منها، وباقى المسألة بحاله، أو فى الحكم تفصيل، يعنى
 ولاء فى هذه أيضاً لموالى الأم، كما كانت فى المتقدمة؛ لأن الولد جزءها، فيتبعها فى الصفات
 الشرعية، ألا يرى أنه يتبعها فى الحرية والرق، فكذا فى الولاء عند تعذر جعله تبعاً للأب.

فأما إذا أع^{رجل}تق الأب والولد حى يجزى، وولاء الإعتاق ابنه من مولى الأم إلى قوم نفسه؛ لأن الولاء
 لحمة كلحمة النسب، ثم النسب من الآباء، وكذا الولاء، وإنما يكون من الأمهات للضرورة، وقد زالت
 بالعتق فينتقل إلى مولى الأب، كولد الملاعنة ينسب إلى قوم الأم، ثم إذا كذب نفسه، ينتقل إلى الأب
 لزوال المانع، فإن مات مولى الأب قبل الولد بعد إعتاق الأب لا يكون مولى الأم وارثاً بذلك الولاء،
 كما قال ابن كمال الوزير فى "شرح الفرائض" وفى "التبيين".

هذا إذا لم تكن معتدة، فإن كانت معتدة فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر من العتق، ولأقل من
 ستين من وقت الفراق لا ينتقل ولاء إلى مولى الأب؛ لأنه كان موجوداً عند عتق الأم، ولهذا ثبت نسبه
 من الزوج. (عز)

(٦) قوله: "جر" لأن مولى الأم لم يعتق الولد هنا لحدوثه بعد إعتاقها، وإنما نسب إليه الولد تبعاً

أى رجل نسبة إلى غير العرب منه
 عجمي^(١) تزوج معتقة فولدت، فولاء ولدها لمواليها، وإن
 أى للأب العجمي بكسر التاء
 كان له ولاء الموالاة، والمعتق^(٢) مقدم على ذوى الأرحام^(٣)،

للأم، لتعذر نسبته إلى الأب، فإذا عتق الأب أمكن نسبته إليه، فجعله تبعاً له أولى من جعله تبعاً للأم؛ لأن الولاء كالنسب، قال عليه الصلاة والسلام: «الولاء لحمة كالحمية النسب»، والنسب إلى الآباء، فكذا الولاء، فينتقل إلى موالى الأب إذا زال المانع كولد الملاعنة ينسب إلى قوم الأم، ثم إذا كذب نفسه ينتقل إلى الأب لزوال المانع.

هذا إذا لم تكن معتدة، فإن كانت معتدة، فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر من وقت العتق، ولأقل من سنتين من وقت الفراق، ولا ينتقل ولاءه إلى مولى الأب؛ لأنه كان موجوداً عند عتق الأم لثبوت نسبة العلوق إلى ما قبل العتق، بل قبل الفراق، ولهذا ثبت نسبه من الزوج، فصادفه الإعتاق ضرورة، فلا ينتقل إلى مولى الأب.

والأصل في جرّ الولاء ما روى مالك في "الموطأ": عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن أن الزبير بن العوام اشترى عبداً فأعتقه، وللعبد بنون من امرأة حرة، فقال الزبير: هم موالى، وقال موالى أهمهم: هم موالينا، فاخصموا إلى عثمان بن عفان، ففضى للزبير لولاءهم.

وفى "الكافي" قلت: الولاء كالنسب، والنسب لا يقبل الفسخ بعد ثبوته، لو كذا لولا يقبل الفسخ بعد ثبوته، قلنا: لا يفسخ، ولكن حدث ولاء أولى منه، فقدم عليه، كما تقول في الأخ: إنه عصيته، فإذا حدث من هو أولى منه كالابن لا تبطل عصوبته، ولكن يقدم عليه، ويلزم عليه أن يرث مولى الأم عند انقطاع مولى الأب بعد انتقال الولاء عن مواليتها، أى مواليه، ولم يرد عن أحد أنهم يرثون بعد انتقال الولاء عنهم. (التكملة بتصرف والزيلعى وشرح النقاية)

(١) قوله: "عجمي" يعنى إذا تزوج رجل غير عربى، وكان حر الأصل لم يمسه رق معتقه لأحد عربياً كان مولاه أو عجمياً وعربية كانت المعتقة أو عجمية، فولدت المعتقة المذكورة ولداً من زوجها المذكور، فولاء ولدها المولى الأم، سواء كان للزوج العجمي ولاء الموالاة، بأن كان أبوه كافراً، فأسلم فتزوج بمعتقه، ثم والى رجلاً، أو لم يكن له ولاء، وهذا عند الطرفين.

وعند أبى يوسف حكمه أى حكم الولد حكم أبيه، فيكون الولاء لموالى أبيه، لا لمواليتها؛ لأنه كالنسب، والنسب إلى الأب، وإن كانت الأم أشرف لكونه أقوى، وبه قال الأئمة الثلاثة.

ولهما أن ولاء العتاقة قوى معتبر، والنسب بين العجميين ضعيف؛ لأنهم ضيعوا أنسابهم، ولا تفاخر لهم به، وكذا ولاء الموالاة ضعيف، والضعيف لا يعارض القوى.

قيّد بالأعجمي لأن أباه إن كان عربياً يكون ولاءه لموالى أبيه اتفاقاً، كشراف نسبه، وقيّدنا بحرّ الأصل لأن الأبوين لو كانا معتقين فالنسبة إلى قوم الأب اتفاقاً؛ لأنهما استويا، والترجيح لجانب الأب (عز)

(٢) قوله: "والمعتق" شروع فيما يوجبه ولاء العتاقة من جعل المولى عصبة لمن أعتقه، فيقول: من أعتق عبداً يقدم فى باب الإرث على ذوى الأرحام، ويؤخر عن عصابة النسبية، فأما على الأولى لو

ولم يترك صاحب فرض بفتح التاء

مؤخر عن العصبية^(١) النسبية، فإن مات المولى، ثم مات المعتق،
يقدم الأقرب فالأقرب
فميراثه لأقرب^(٢) عصبية المولى، وليس^(٣) للنساء^(٤) من الولاء،

أعتق أحد عبده، ثم مات المعتق، وترك خالته وعمته أو نحوهما، وترك معتقه يرث المعتق دون الخالة والعمة، ونحوهما.

وأما على الثانية لو أعتق رجل عبده، فمات المعتق وترك ابناً، أو أختاً أو عصبية غيرهما، وترك المعتق يرث الابن والأخت، دون المعتق، وكما يقدم المعتق على ذوى الأرحام، كذلك يقدم على الرد على ذوى الفروض، فإنه إذا بقى من ذوى الفروض شيء، فهو للمعتق، ولا يرد عليهم، وإنما قدم المعتق على ذى الرحم، لما روى النسائي وابن ماجه من حديث عبد الله بن شداد عن ابنة حمزة بن عبد المطلب قالت: مات مولى وترك ابنة انقسم رسول الله ﷺ ماله بيني وبين ابنة، فجعل إلى النصف، ولها النصف.

ومن مسند الدارمي عن الحسن أن رجلاً أتى النبي ﷺ برجل، فقال: إني اشتريت هذا فأعتقته، فما ترى فيه، قال: أخوك ومولاك إن شكرك فهو خير له، وإن كفر فهو شر له، وخير لك، قال: فما ترى في ماله، قال: إن مات ولم يدع وارثاً، فتملك، وفي رواية عبد الرزاق قال: قال رسول الله ﷺ: «إن لم يكن له عصبية فهو لك».

وروى عبد الرزاق في "مصنفه" عن معمر عن قتادة أن زيد بن ثابت كان يرث المولى دون ذوى الأرحام، وعمر بن مسعود كانا يرثان ذوى الأرحام دون المولى. (عز)

(٣) جمع ذى الرحم وهو من لا فرض له ويدخل في نسبته إلى الميت أنثى.

(١) وهو كل من يأخذ ما أبقتة أصحاب الفرائض وعند الانفراد يأخذ المال كالابن.

(٢) قوله: "لأقرب" لأن الولاء يجزئ الإرث، وإنما يثبت للعصبية بطريق الخلافة، فيقدم الأقرب حتى لو ترك أباً مولاه، وابن مولاه كان الولاء للابن، ولو ترك جد مولاه وأختاً مولاه، كان الولاء للجد؛ لأنه أقرب في العصبية، وفي الأولى خلاف أبي يوسف، فإنه يعطى الأب السدس، والباقي للابن، والثاني خلاف من يرى توريث الإخوة مع الجد. (التكملة)

(٣) قوله: "وليس" قال في "الهداية": وبهذا اللفظ ورد الحديث آخر، فكأن المصنف أوردته تعليلاً لقوله: فميراثه لأقرب عصبية المولى.

قال شارح "النقاية": وهذا ليس بموجود في كتب الحديث، وإنما فيها ما روى البيهقي عن علي وابن مسعود وزيد بن ثابت أنهم كانوا يجعلون الولاء للكبير من العصبية، ولا يرثون النساء من الولاء إلا ما أعتقن، أو أعتق من أعتقن.

وما روى ابن أبي شيبة عن الحسن أنه قال: لا يرث النساء من الولاء إلا ما أعتقن، أو أعتق من أعتقن.

وعن عمر بن عبد العزيز قال: لا يرث النساء من الولاء إلا ما أعتقن، أو كاتبن.

إلا^(١) ما أعتقن، أو أعتق من أعتقن، أو كاتب، أو كاتب من كاتبين.

وروى نحوه عن ابن سيرين وابن المسيب وعطاء والنخعي .
والحاصل أن هذا الحديث لا يثبت رفعه إلى النبي ﷺ، لكن قال في "المبسوط": والحديث وإن كان شاذاً فقد تأكد بما اشتهر من أقاويل الكبار من الصحابة والتابعين رضى الله عنهم، وزبدة كلامه أنه في حكم المرفوع ومقامه، إذ لا يتصور مثله من الرأي وأحكامه . . . اهـ .
وفى "الذخيرة": ولو أن امرأة اشترت أبها حتى عتق عليها، ثم مات الأب عن هذه الابن وبنت أخرى، فالتئان لهما بحكم الفرض، والباقي للمشترية بحكم الولاء، ولو كان الأب بعد ما عتق على بنته أعتق عبداً ثم مات الأب، ثم مات معتق الأب، وبقيت الابنة المشتراة، كان الميراث للمشتراة، ويرث ابن المعتق من ولد المعتق . . . اهـ (عز)

(٤) فلو مات المعتق ولم يترك إلا بنت المعتق، فلا شيء لها في ظاهر الرواية، ويوضع ماله في بيت المال، وذكر الزيلعي أن بنت المعتق ترث في زماننا لفساد بيت المال .

(١) قوله: "إلا" يعنى ليس للنساء من الولاء فى الولاء معتقهن، أو ولاء مكاتبهن، بأن كاتب امرأة عبداً، فعتق بعد أداء البذل إليها، ثم مات، فولاءه للمعتقة، أو ولاء مكاتب مكاتبهن، بأن كاتب المرأة عبداً وكاتب المكاتب عبده، وعتق بأداء البذل المكاتب الأول، ثم مات المكاتب الثانى .

فى ولاء الموالاة
فصل^(١)

إذا مات

مكلف

أسلم^(٢) رجل على^(٣) يد رجل ووالاه^(٤) على أن يرثه،

(١) قوله: "فصل" آخر ذكر ولاء الموالاة عن ذكر ولاء العتاقة؛ لأن ولاء العتاقة أقوى لشبوته بالإجماع، وفى ولاء الموالاة خلاف، ولأن ولاء العتاقة لا يقبل الفسخ، وولاء الموالاة يقبله، فإن للمولى أن ينتقل عنه قبل العقل، والكلام من وجوه: الأول: فى دليله -وسيجىء-، والثانى فى ركنه، وهو قوله: أنت مولائى على كذا، والثالث فى تفسيره لغةً وشرعاً.
أما الأول: فهو مشتق من الولى، وهو القرب، وحصول الثانى بعد الأول من غير فصل، وسمى ولاء العتاقة ولاء الموالاة.

وأما الثانى: فهو أن يسلم رجل على يد رجل، فيقول الذى أسلم على يده: واليتك على أنى إن مت فميراثى لك، إن جنيت فعقلى عليك وعلى عاقلتك، وقبل الآخر هذا.
والرابع: فى شرطه فله ثلاث شرائط: أحدهما: أن يكون مجهول النسب، بأن لا ينسب إلى شخص، بل ينسب إلى غيره، وأما نسبة غيره إليه فغير مانعة، والثانى: أن لا يكون له ولاء عتاقة، ولا ولاء الموالاة مع أحد، وقد عقل عنه، والثالث: أن لا يكون عربياً.
والخامس: فى حكمه فحكمه الإرث والعقل عنه. (الشلبى والتكملة بتصرف من المحشى)

(٢) قوله: "أسلم [قيد الإسلام اتفاقاً]" أى ولو أسلم رجل على يد رجل ووالاه، أو والى غيره على أنه يرثه إذا مات، ويعقل عنه إذا جنى، صحّ هذا الولاء عندنا، ويعقل عنه إذا جنى جناية موجبه المال، ويرثه إن لم يكن له وارث، ونفاه مالك والشافعى رحمهما الله، فإن الإرث متعلق بالقرابة أو الزوجية بالنص، أو بالعق بالحديث، ولم يوجد واحد منها.
ولنا قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَاتُوهُمْ نَصِيَّتَهُمْ﴾ أى نصيبهم فى الميراث، والمراد به الموالاة، وما فى السنن الأربعة عن تميم الدارى قال: يا رسول الله ﷺ ما السنة فى الرجل يسلم على يد رجل من السلمين، قال: هو أولى الناس بمحياه ومماته، ورواه الحاكم فى "المستدرک"، وقال: على شرط "مسلم".

وروى ابن أبى شيبة فى الديات: أن رجلاً أتى عمر، فقال: إن رجلاً أسلم على يدي، فمات وترك ألف درهم، فخرجت منها، فقال: أرايت لو جنى جناية على من يكون؟ قال: على، قال: فميراثه لك، يعنى الغنم بالغرم.

وما فى "المبسوط": من حديث زياد عن على أن رجلاً من أهل الأرض أى البادية أتاه بواليه، فأبى على ذلك، فأبى ابن عباس، فوالاه.

من حديث مسروق: أن رجلاً من أهل الأرض والى ابن عم له، وأسلم على يده، فمات وترك مالا، فسأل ابن مسعود عن ميراثه، فقال: هو لموالاه. (شرح النقاية)

وقبل الآخر منه
 ويعقل^(١) عنه، أو على يد غيره ووالاه^(٢) صح، وعقله على
 أى للمولى^{من النسب} أى القابل للموالة^{أى جانيته}
 مولاه، وإرثه له إن لم يكن له وارث، وهو^(٣) آخر ذوى
 الأرحام، وله^(٤) أن ينتقل عنه إلى غيره بمحضر من الآخر
 مالم^(٥) يعقل عنه، وليس^(٦) للمعتق أن يوالى أحداً، ولو والت
 امرأة فولدت، تبعها^(٧) فيه.

(٣) فإن الشرط كونه عجمياً لا مسلماً.

(٤) بأن قالت: أنت مولائى ترثنى إذا مت، وتعقل عني إذا جنيت.

(١) أى ويؤدى الجناية إذا جنى.

(٢) معناه أنه أسلم على يد رجل ووالى غيره.

(٣) قوله: "وهو" أى يؤخر مولى الموالة فى الميراث عن ذوى الرحم، يعنى لو كان له عمة أو خالة أو غيرهما من ذوى الأرحام، يكون أولى منه؛ لأن الموالة عقدهما، وذوو الأرحام ورثته بنص الكلام. (شرح النقاية)

(٤) قوله: "وله" وكذا للأعلى التبرئ عنه بمحضر منه؛ لأن العقد غير لازم، فلكل منهما أن ينفرد بفسخه بعلم صاحبه، وإن كان الآخر غائباً لا يملك فسخه، وإن كان لازم؛ لأن العقد قد تم بهما، ولا يعرى عن ضرر، وهذا بخلاف ما إذا عقد الأسفل الموالة مع غير الأول بغير محضر منه، حيث يصح الثانى، وينفسخ الأول؛ لأنه فسخ حكمى، فلا يشترط فيه العلم، كالكالة والمضاربة والشرك. (الطحاوى)

(٥) قوله: "مالم" لأنه إذا عقل عنه ليس له أن يتحول إلى غيره لتأكده بتعلق حق الغير به، ولحصول المقصود به، ولاتصال القضاء به، ولأن ولاية التحول قبل أن يعقل عنه باعتبار أنه عقد تبرع من حيث إنه تبرع بالقيام بخصومة، وعقل جنائية، فإذا عقل عنه، صار كالعوض فى الهبة. (ز)

(٦) قوله: "وليس" لأن ولاء العتاقة لازم لا يحتمل النقص بعد ثبوته، فلا يفسخ، ولا ينعقد معه؛ لأنه لا يتقل، لأن الإرث بولاء العتاقة مقدم على الإرث بولاء الموالة، ألا ترى أن شخصاً لو مات وترك مولى عتقه، ومولى موالاته، كان المال للمعتق. (التكملة)

(٧) قوله: "تبعها [الولد، وقالوا: يتبعها]" وكذا لو أقرت أنها موالة فلان، ومعها صغير لا يعرف له أب، صح إقراراً على نفسها، ويتبعها ولدها، ويصيران مولى فلان، وهذا عند أبى حنيفة

رحمه الله، وقالوا: يتبعها ولدها في الصورتين؛ لأن الأم لا ولاية لها في ماله، فأن لا تكون لها في نفسه أولى.

ولأبي حنيفة رحمه الله أن الولاء كالنسب، وهو نفع محض في حق الصغير الذي لم يدر له أب، فتملكه الأم، كقبول الهبة. (الزيلعي)

اعلم أن ولاء الموالاة يخالف ولاء العتاقة من ثلاثة وجوه: أحدها: أن في الموالاة يتوارثان من الجانبين إذا اتفقا على ذلك، بخلاف ولاء العتاقة، والثاني: أن ولاء الموالاة يحتمل النقص، بخلاف ولاء العتاقة، والثالث: أن ولاء الموالاة مؤخر عن ذوى الأرحام، وولاء العتاقة مقدم على ذوى الأرحام. (الشلبى)

وهو في اللغة : الإجبار
كتاب الإكراه ^(١) ^(٢)

شرعاً
 أى بسبب هذا الفعل أى رضا ذلك الغير
 هو فعل يفعل الإنسان بغيره، فيزول به الرضا، وشرطه ^(٣)

(١) قوله : كتاب قيل في مناسبة الوضع أن الولاء لما كان من آثار العتق ، والعتق مما لا يؤثر فيه الإكراه ، ناسب ذكر الإكراه عقب الولاء ، وإن في الإكراه تغير حال المخاطب من الحرمة إلى الحل ، ألا ترى أنه بالإكراه يحل مباشرة ما كان حراماً قبله في عامة المواضع ، وكذلك بالوالة يتغير حال المولى الأعلى عن حرمة تناول مال المولى الأسفل إلى الحل . (الطحطاوى)

(٢) قوله : "الإكراه" الكلام فيه في مواضع : الأول : في معناه لغةً ، والثاني : عند الفقهاء ، والثالث : في ركنه ، والرابع : في دليله ، والخامس : في شرطه ، والسادس : في حكمه ، فهو في اللغة عبارة عن حمل إنسان على شيء يكرهه ، يقال : أكرهت فلاناً إكراهاً ، أى حملته على أمر يكرهه ، وهو عند الفقهاء ما سيأتى .

وركنه : اللفظ الذى يفيد .

ودليله : من الكتاب قوله تعالى : ﴿إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ﴾ الآية .

وشرطه : سيأتى فى الكتاب .

وحكمه : إذا حصل به إتلاف أن ينتقل إلى المكروه فيما يصلح أن يكون آلة للمكروه ، ويجعل كأنه فعله بنفسه ، كما سيجى .

والإكراه نوعان : ملجئ ، وغير ملجئ ، فالملجئ هو الكامل ما يخاف على نفسه أو عضوه ، فإنه بعدم الرضا ، ويوجب الإلجاء ، ويفسد الاختيار ، وغير الملجئ هو القاصر ، وهو أن يكره بما لا يخاف على نفسه ، ولا على تلف عضو من أعضائه ، كالإكراه بالضرب الشديد ، أو القيد أو الحبس ، فإنه بعدم الرضا ، ولا يوجب الإلجاء ، ولا يفسد الاختيار ، وهذا النوع من الإكراه لا يؤثر إلا فى تصرف يحتاج فيه إلى الرضا ، كالبيع والإجارة والإقرار ، والأول يؤثر فى الكل .

ثم اعلم أن الإكراه لا ينافى أهلية المكروه ، ولا يوجب وضع الخطاب عنه بحال ؛ لأن المكروه مبتل ، والابتلاء يحقق الخطاب ، والدليل عليه أن أفعاله متردد بين فرض وحظر وإباحة ورخصة ، ويأثم تارة ويؤجر أخرى ، فيحرم عليه قتل النفس ، وقطع الطريق ، والزنا ، ويفترض عليه أن يمتنع من ذلك ، ويثاب عليه إن امتنع ، ويباح له بالإكراه أكل الميتة وشرب الخمر ، ويرخص له بإجراء كلمة الكفر ، وإتلاف مال الغير وإفساد الصوم ، والجناية على الإحرام ، وهذا دليل على أنه مخاطب . (التكملة)

(٣) قوله : " وشرطه " لأن الإكراه اسم لفعل يفعل المرء بغيره ، فيستفى به رضا ، أو يفسد به اختياره مع بقاء أهليته ، وذلك لا يتحقق إلا من القادر عند خوف المكروه تحقيق ذلك ؛ لأنه بالتهديد من

قدرة المكره على تحقيق ما هدد به سلطاناً كان أو
 بأن غلب على ظنه أنه يفتح الرء
 لصاً، وخوف المكره وقوع ما هدد به، فلو^(١) أكره على
 بيع^(٢)، أو شراء^(٣)، أو إقرار^(٤)، إجارة بقتل^(٥)، أو ضرب
 أي طويل الإكراه - بالفتح - بعد زوال الإكراه
 شديد^(٦)، أو حبس^(٧) مديد خير^(٨) بين أن يمضى البيع، أو

القادر والخوف منه على نفسه يصير ملجأ طبعاً، وبدونهما لا يصير ملجأ، فلا يثبت به حكمه .
 وما روى عن أبي حنيفة رحمه الله من أن الإكراه لا يتحقق إما من السلطان، فذلك محمول على ما
 شاهد في زمانه؛ لأن القدرة والمنعة لم تكن في ذلك العصر إلا للسلطان، فأجاب على ما شاهده، وفي
 زمانهما كان لكل مفسد متلصص قدرة على ذلك لفساد الزمان، فأفتيا على ما شاهدا، وبه يفتى، إذ
 ليس فيه اختلاف يظهر في الحجة . (الزيلعي)

(١) قوله: "فلو" لما فرغ من بيان تعريف الإكراه، وشرطه شرع في تفصيل صور الإكراه، وبيان
 أحكامها، والإكراه تارة في حقوقه تعالى، وحقوق العبد مقدمة على حقوق الله تعالى، والبيع والشراء
 والإقرار والإجارة مما يحتاج إلى الرضا، والإكراه ملجأ كان أو غيره، يفسد الرضا الذي هو شرط لصحة
 هذه التصرفات، قدم ذكرها على غيرها . (عز)

(٢) بأن قال له: إن لم تبع هذا العبد مثلاً قتلتك .

(٣) مثل أن يقول له: إن لم تشتتر هذا قتلتك .

(٤) بأن قال: إن لم تقر لي بألف مثلاً قتلتك .

(٥) بأن قال: إن لم تؤجرني دارك هذه قتلتك .

(٦) أى أو أكره على هذه الأشياء بنحو ضرب . . . إلخ .

(٧) بخلاف حبس يوم، أو قيده، أو ضرب غير شديد إلا الذي جاء . (الدر المختار)

(٨) قوله: "خير" أما البيع ونحوه فلفوات شرط صحته، وهو الرضا، وأما الإقرار فلائنه خير
 يحتمل الصدق والكذب دليل أنه كذب موجود هنا، وهو الإكراه، والأصل عندنا أن تصرفات المكره
 كلها منعقدة قولاً، إلا أن ما يحتمل الفسخ منها، كالبيع والإجارة له أن يفسخه، وما لا يحتمله،
 كالطلاق والنكاح والإعتاق والتدبير والاستيلاء والنذر يلزم، وعند مالك والشافعي وأحمد: لا يلزمه .
 (شرح النقاية)

أي بالبيع ونحوه مكره لمشتري ونحوه أي لكونه فاسد
يفسخه، ويثبت ^(١) به الملك عند القبض ^(٢) للفساد،

أي قبض المكره الثمن. أي طائفاً أي كتسليم البائع المكره المبيع
وقبض ^(٣) الثمن طوعاً وإجازة، كالتسليم ^(٤) طائفاً.

وإن هلك المبيع في يد المشتري وهو غير المكره، والبائع ^(٥) ^{حالية} بفتح الراء على القبض

مكره، ضمن قيمته للبائع، وللمكره ^(٦) أن يضمن المكره، ^{بفتح الراء على التسليم} ^{بفتح الراء} ^{بكسر الراء}

وعلى ^(٧) أكل لحم خنزير وميتة ودم، وشرب خمر بحبس، أو ^{أي ولو أكره على... إلخ} ^{أي وعلى أكل لحم ميتة}

(١) قوله: "ويثبت" أي يملكه أي المبيع المشتري إن قبض المشتري المبيع؛ لأن بيع المكره فاسد، وذلك أن ما هو ركن العقد ينعدم الإكراه، وهو الإيجاب والقبول في محله، وإنما انعدم ما هو شرط الجواز، وهو الرضا لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾، وتأثير انعدام شرط الجواز في إفساد العقد، كما في الربا، فإن المساواة في الأموال الربوية شرط جواز العقد، فإذا انعدمت كان العقد فاسداً، وعندنا في البيع الفاسد يملك المشتري المبيع بالقبض وعند مالك والشافعي وأحمد لا يملك. (شرح النقاية)

(٢) أي قبض المبيع.

(٣) قوله: "وقبض" أي لو أكره على البيع وقبض الثمن طوعاً كان إجازة، كما إذا أسلم المبيع طائفاً؛ لأن القبض أو التسليم طائفاً دليل الرضا، وهو الشرط، بخلاف ما إذا أكره على الهبة دون التسليم، وسلم حيث لا يكون إجازة، وإن سلم طوعاً؛ لأن غرض المكره إنما هو استحقاق الموهوب له، لا مجرد لفظ الهبة، والاستحقاق لا يثبت فيها بدون التسليم، فكان التسليم فيها داخلاً في الإكراه، والإكراه في البيع يفسد بنفس العقد، ولم يكن التسليم فيه داخلاً في الإكراه فافتراقاً. (الزيلي والمجمع)

(٤) بأن كان الإكراه على البيع لا على الدفع. (الكشف)

(٥) قوله: "وبائع" بيان الموانع، إذ لا يتصور الإكراه إلا بإيقاع الفعل المهدد به على أحدهما، فإذا لم يكن المشتري مكرهاً، تعين الإيقاع على البائع ضرورة. (الكشف)

(٦) قوله: "وللمكره" أي يجوز للبائع المكره أن لا يضمن المشتري، بل يضمن المكره؛ أن المكره -بالفتح- آلة له، فكان المكره -بالكسر- دفع مال المكره -بالفتح- إلى المشتري -عز-

(٧) قوله: "وعلى" أي لو أكره على هذه الأشياء بما لا يخاف على نفسه، أو على عضوه، كالضرب لا يسعه أن يقدم عليه، وبما يخاف يسعه ذلك؛ لأن حرمة هذه الأشياء مقيدة بحالة الاختيار، وفي حالة الضرورة مبقاة على أصل الحل بقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا اضْطُرَرْتُمْ إِلَيْهِ﴾، فإنه استثنى حالة

أقدامه
أى إذا امتنع من الأكل، وصبر حتى أ تلف أثم
ضرب، أو قيد لم يحل، وحل^(١) بقتل وقطع وأثم^(٢) بصبره،
أى بقتل نفس. أى وقطع طرف. كالضرب والحبس
وعلى الكفر^(٣) وإتلاف مال مسلم^(٤) بقتل، وقطع لا بغيرهما^(٥)

الضرورة، والاضطرار والاستثناء يكون عبارة عما وراء الاستثناء؛ لأنه تكلم بالحاصل بعد الثبوت، فظهر أن التحريم مخصوص بحالة الاختيار، وفي حالة الاضطرار مباح، والاضطرار يحصل بالإكراه الملجئ، وهو أن يخاف على نفسه، أو على عضو من أعضائه، كما في حالة المخصصة، ولا يحصل ذلك بضرب السوط، ولا بالحبس، حتى لو خاف ذلك منه، وغلب على ظنه نباح له ذلك، وقدره بعضهم بأدنى الحد، وهو أربعون سوطاً، فإن هدد به وسعه، وإن هدد به بأقل من ذلك لا يسعه؛ لأن ما دون ذلك مشروع بطريق التعزير وهو يقام على وجه يكون زاجراً لا متلقاً، بخلاف الحد، فإن فيه ما يكون متلقاً.

قلنا: لا وجه التقدير بالرأى، وأحوال الناس مختلفة، فهو من يحتمل الضرب الشديد، ومنهم من يموت بأدنى منه، فلا طريق سوى الرجوع إلى رأى المبتلى به، فإن غلب على ظنه إن تلف النفس، أو العضو يحصل بذلك وسعه، وإلا فلا. (الزيلعي)

(١) أى وحل الإقدام، بل فرض إن أكره بقتل وقطع، أو ضرب، يخاف منه التلف على نفسه، أو عضوه. (الطائى)

(٢) قوله: "وأثم" وعن أبى يوسف، وهو قول الشافعى، ورواية عن أحمد لا يأثم، وكذا من أصابته مخمصة، فلم تناول من الميتة حتى مات، أثم فى ظاهر الرواية عن أبى يوسف.
والأصل عنده أن الاسم يتنفى بهما، أما الأولى فلقوله تعالى: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾، وقوله: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾.
وأما الثانية: فلأن الحرمة متعلقة بصفة الميتة، أو الخمر، وبالضرورة لا يزول ذلك، فإذا امتنع المضطر، كان امتناعه من تناول الحرمة، فلا يأثم؛ لأنه متمسك بالعزيمة، ووجه الظاهر أن حالة الاضطرار مستثناة من الحرمة، قال الله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرُّتُمْ إِلَيْهِ﴾، والمستثنى من الحرام والحلال، ومن امتنع عن الطعام الحلال حتى هلك يكون أثماً، وأما لو فعل ما ذكر من غير ملجئ، بأن يكون بضرب، أو حبس، أو قيد فلم يحل. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "وعلى الكفر [أى ولو أكره على . . . إلخ]" أى لو أكره على كلمة الكفر، أو إتلاف مال إنسان بشيء يخاف نفسه، أو على أعضائه كالقتل، وقطع الأطراف يرخص له إجراء كلمة الكفر على لسانه وقلبه مطمئن بالإيمان، لقوله تعالى: ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾ الآية.

ولما روى الحاكم فى "المستدرک" عند تفسير سورة النحل عن أبى عبيده بن محمد بن عمار بن ياسر، وقال: صحيح على شرط الشيخين أن المشركين أخذوا عمار بن ياسر، فلم يتركوه حتى سب النبى ﷺ، وذكر آلهتهم بخير، ثم تركوه، فلما أتى النبى ﷺ قال له: ما وراءك، قال: شر يا رسول الله ﷺ ما تركت حتى نلت منك، وذكرت آلهتهم بخير، قال: فكيف تجد قلبك، قال: مطمئناً بالإيمان، فإن عادوا فعد، رواه أبو نعيم فى "الحلية"، وعبد الرزاق فى "مصنفه"، وفيه نزل قوله تعالى: ﴿إِلَّا

جواب لقوله: وعلى الكفر المكره في هذه الأشياء
 يرخص، ويشاب^(١) بالصبر، وللمالك^(٢) أن يضمن المكره،
 أي ولو أكره على... إلخ هو محققون الدم له في ذلك
 وعلى قتل^(٣) غيره بقتل لا يرخص، فإن^(٤) قتله أثم ويقتص
 من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان. (الزيلعي وشرح النفاية)
 (٤) أي ذمى لا حرمى.

(٥) قوله أي لا يرخص بغيرهما، أي بغير القتل والقطع، يعني إذا أكره على كلمة الكفر أو إتلاف مال مسلم بغير القتل والقطع، بأن أكره بضرب، أو قيد، أو حبس لا يقدم؛ لأنه ليس بملجئ، ولهذا لا يكون إكراهًا في شرب الخمر، فكيف يكون إكراهًا في الكفر، وهو أعظم. (العيني)

(١) قوله: "ويشاب" أي إن لم يظهر الكفر، وصبر على ما أكره به من قتل، أو قطع أثيب؛ لأن الحرمة لما كانت باقية كان باذلاً نفسه لإعزاز الدين تمسكًا بالعزيمة، فكان شهيدًا.

ولما روى أن مسيلمة الكذاب أخذ رجلين، فقال لأحدهما: ما تقول؟ في محمد؟ فقال: رسول الله ﷺ، قال: فما تقول؟ في، قال: أنت أيضًا، فخلاه، وقال لآخر: ما تقول في محمد؟ قال: رسول الله ﷺ، قال: فما تقول؟ في، أنا أصم، فأعاد عليه ثلاثًا، فأعاد جوابه، فقتله، وبلغ ذلك رسول الله ﷺ، فقال: أما الأول فقد أخذ برخصة الله تعالى، وأما الثاني فقد صدع بالحق، فهنيئًا له.

وما في صحيح البخاري: "من صبر خبيب على القتل، وقوله حين عزموا على قتله: ولست أبالي حين أقتل مسلمًا على أي شق كان الله مصرعي وذلك في ذات الإله وإن يشاء يبارك على أوصال شلو ممزع"

أي أعضاء جسد مقطوع، وهو حبيب بن عدي الأنصاري، حضر بدرًا، وأسر في غزوة الرجيع سنة ثلاث، فانطلق به إلى مكة، فاشتره بنو الحارث بن عامر، وكان خبيب قد قتل الحارث يوم بدر كافرًا، فاشتره بنوه، فأقام عندهم أسيرًا، ثم صلبوه بالتنعيم، وهو أول من صلب من أهل الإسلام، ولما خرجوا به من الحرم ليقتلوه قال: دعوني أصلي ركعتين، ثم أنشأ البيتين.

واعلم أن جنس هذه المسائل ثلاثة أوجه: في وجه العزيمة فيه الإقدام على ما أكره عليه، ولو امتنع حتى قتل يَأْثَم، وهي شرب الخمر وتناول الميتة، وما يجري مجراه.

وفي وجه يرخص الإقدام عليه مع أن العزيمة هو الامتناع، وهو إجراء كلمة الكفر وسب النبي ﷺ، وما هو كفر واستخفاف بالدين، حتى لو أقدم عليه وهو مكره لا يؤاخذ به، ولو صبر حتى قتل، يكون مأجورًا.

وفي وجه العزيمة هو الامتناع عنه، ولا يرخص في الإقدام عليه بحال، وهي قتل نفس معصوم محترم، أو قطع عضو منه، والزنا لا يحل له أن يقدم عليه بحال. (الشلبى)

(٢) قوله: "وللمالك" أي وإذا لم يصبر وأتلف المال، فللمالك المال الذى أتلفه المكره أن يضمن المكره - بكسر الراء - لأن المكره - بالفتح - آلة فيما يصلح آلة. (العيني والطائي)

(٣) قوله: "على قتل [مثلا أكره على قتل عمرو]" أي لو أكره على قتل غيره بالقتل لا يرخص له

بكسر الراء دون المكره بالفتح. أى ولو أكره على امرأة. أى أعتق عبده، أو طلق امرأة المكره فقط، وعلى إعتاق^(١) وطلاق، ففعل وقع ورجع^(٢)

المكره - بالفتح - بقيمته^(٣)، ونصف مهرها إن لم يطأها^(٤)، وعلى الردة^(٥) لم تبين

القتل لإحياء نفسه؛ لأن قتل المسلم لا يباح للضرورة، فكذا لإكراه. (شرح النقاية)

(٤) قوله: "فإن" أى إن قتل المكره غيره، فالقصاص على المكره - بكسر الراء - فقط، أى دون المكره - بالفتح - إن كان القتل عمداً، لكونه حاملاً، ولا يقتص القاتل؛ لأنه آلة له كالسيف، هذا عند الطرفين، وعند أبى يوسف رحمه الله لا يجب قصاص على أحد منهما؛ لأن الحد مضاف إلى المكره من وجه؛ لأن المباشر إلى المكره من وجه؛ لأن الحامل فهو كالدافع إلى القتل، فتمكث فيه الشبهة فى الجانبين، فلا قصاص على واحد منهما، فالدية فى مالهما أو العاقلة لتحملها فى العمد. وعند زفر يقتص الفاعل فقط؛ لأنه هو المباشر حقيقة، وكذا على المكره، وعند الأئمة الثلاثة يقتص كل منهما لكون الفاعل مباشراً، والحامل سبباً. (المجمع بتصرف)

(١) قوله: "وعلى إعتاق [عبده] أى لو أكره على إعتاق، أو طلاق، فأعتق، أو طلق، وقع العتق والطلاق؛ لأن الإكراه لا ينافى الأهلية على ما بيناه، وعدم صحة بعض الأحكام كالبيع والإجارة والأقارير لمعنى راجع إلى التصرف، وهو كونه يشترط فيه الرضا، ومع الإكراه لا يوجد الرضا، وأما العتق والطلاق فلا يشترط فيه الرضا فيقع، ألا ترى أن العتق والطلاق يقعان مع الهزل لعدم اشتراط الرضا فيهما، بخلاف البيع وأخواته. (الزيلعى)

(٢) قوله: "ورجع" لأن الإلتلاف منسوب إليه، والمكره آلة له، فيرجع بقيمة العبد عليه موسراً كان أو معسراً؛ لأنه ضمان إلتلاف، فلا يختلف باليسار والإعسار، إذ ضمان العدوان لا يختلف بهما، بخلاف ضمان الإعتاق؛ لأنه ضمان إفساد بتصرف فى ملكه من غير تعد، ولا سعاية على العبد؛ لأن السعاية إنما تجب على للخروج إلى الحرية، كما فى معتق البعض، أو لتعلق حق الغير به، كعتق الرهن المرهون وهو معسر، أو عتق المريض عبده وعليه ديون، أو لم يخرج من الثلث، ولم يوجد شئ من ذلك هنا.

ولا يرجع المكره على العبد بما ضمن؛ لأن الضمان وجب عليه بفعله، فلا يرجع به على غيره، وكذا يرجع بنصف المهر إن كان قبل الدخول، وكان المهر مسمى فى العقد، وإن لم يكن مسمى فيه يرجع عليه بما لزمه من المتعة؛ لأن ما عليه كان على شرف السقوط بوقوع الفرقة من جهتهما بمعضية، كالارتداد، ويقبل ابن الزوج، وقد تأكد ذلك بالطلاق، فكان تقريراً للمال من هذا الوجه، فيضاف تقريره إلى المكره، والتقريب كالإيجاب، فكان متلفاً له، فيرجع عليه، بخلاف ما إذا دخل بها؛ لأن المهر تقرر هنا بالدخول لا بالطلاق. (الزيلعى)

(٣) أى بقيمة العبد على المكره - بالكسر -.

(٤) أى إن كان قبل الدخول، وكان المهر مسمى فى العقد.

(٥) قوله: "وعلى الردة" أى لو أكره على الردة، وأجرى كلمة الكفر على لسانه، وقلبه مطمئن

بالإيمان، لم تبن امرأته؛ لأنه لا يكفر به من غير تبدل الاعتقاد حتى لو ادعت المرأة ذلك، وأنكر هو، كان القول قوله استحساناً، والقياس أن يكون القول قولها حتى يفرق بينهما؛ لأن كلمة الكفر سبب لحصول البينة بها، فيستوى فيها الطالع والمكره كلفظة الطلاق.

ووجه الاستحسان أن هذه اللفظة غير موضوعة للفرقة، وإنما تقع الفرقة باعتبار تغير الاعتقاد، والإكراه دليل على عدم تغير، فلا تقع الفرقة، ولهذا لا يحكم عليه بالكفر، بخلاف ما إذا أسلم مكرهاً حيث يحكم عليه بالإسلام؛ لأنه وجد أحد الركنين، وفي الركن الآخر احتمال، فرجحنا جانب الوجود احتياطاً؛ لأن الإسلام يعلو، ولا يعلو، ونظيره السكران فإن إسلامه صحيح، وكفره لا يصح، ولا يحكم برده لعدم القصد هذا بيان الحكم، أما فيما بينه وبين الله تعالى، فإن لم يعتقد فليس بمسلم. (الزيلعي)

كتاب^(١) الحجر^(٢)

هو منع عن التصرف قولاً لا فعلاً بصغر^(٣) ورق
 أى من حيث القول. أى لا من حيث الفعل. فى العبد

(١) قوله: "كتاب" أورد الحجر بعد الإكراه لما أن بينهما سلب الاختيار إلا أن الإكراه أقوى؛ لأن فيه سلبه عمن له اختيار صحيح وولاية كاملة، بخلاف الحجر، فكان أحق بالتقديم أو محاسن الحجر النظر والشفقة على المحجور، وقد يكون النظر والشفقة لغيره، ودفع الأذى عنه، كما فى حجر المديون والسفيه على قولهما، وحجر المريض عن التصرف فى الرهن وحجر العبد لحق المولى، وفى اصطلاح الفقهاء عبارة عن حجر مخصوص، وهو الحجر الحكمى الذى لا يصير تصرف المحجور عليه مفيداً، حتى إذا باع وحصل القبض لا يفيد الملك، وهو الفرق بين الحجر والنهى، فإن النهى يفيد الملك بعد القبض، كما فى البيع الفاسد. (الشلبى)

(٢) قوله: "الحجر" اعلم أن الحجر مثلثة، كما فى القاموس، والأقرب المنع مطلقاً، ومنه يسمى العقل حجراً - بالكسر - كقوله تعالى: ﴿هَلْ فِي ذَلِكَ قَسَمٌ لِّذِي حِجْرٍ﴾ وسمى به لأنه يمنع صاحبه عن القبائح، وسمى الحطيم حجراً؛ لأنه منع من بناء الكعبة. وشرعاً: ما يئته الشيخ، وأسبابه ثلاثة: الصغر، والرق والجنون، وألحق بهذه الثلاثة آخر: المفتى الماخن، والطبيب الجاهل، والمكارى المفلس، ودليله ما روى أنه عليه الصلاة والسلام حجر على معاذ، وقسم مالا لغرماءه.

واعلم أيضاً: أن الرق ليس بسبب للحجر فى الحقيقة؛ لأنه مكلف محتاج كامل الرأى، كالحجر غير أنه ما فى يده ملك للمولى، فلا يجوز له أن يتصرف لأجل حق المولى.

وأيضاً أن هذه الأشياء توجب الحجر فى الأقوال دون الأفعال، فيؤخذ بالأفعال حتى إن طفل يوم لو انقلب على مال إنسان، فأتلفه يلزمه الضمان، وكذلك المجنون الذى لا يفريق إذا مزق ثوب إنسان يلزمه الضمان؛ لأن الأفعال لا تقف على القصد الصحيح؛ لأنها توجد حساً ومشاهدة، ولا إمكان لرد ما هو ثابت حساً، بخلاف الأفعال التى تسقط بالشبهة، كالحدود والقصاص، فإن الصباء والجنون يؤثران فيها؛ لأن الحدود والقصاص عقوبة والصبي والمجنون ليسا من أهل العقوبة، فسقطت عنها لقصور فى فعلهما لعدم القصد الصحيح. (عز)

(٣) قوله: "بصغر [أى بسبب الصغر فى الصبيان]" إنما جعلنا هذه أصلاً وأسباباً للحجر، فإن الصغر مع عدم العقل إن كان خالياً عن التمييز، ونقصانه إن كان مميّزاً، إلا أن هذا التمييز يجبر بإذن المولى، ويصير الصغير به كالبلوغ، وأما المجنون فلائنه إما مع عدم العقل أصلاً ذلك فيمن لا يفريق صاحبه أنه، وحكمه: أن لا يصح تصرف المبتلى به، وإن أجاز وليه لفقد أهلية التصرف منه. وأما مع نقصان العقل، وذلك فيمن يجن مرة، ويفيق مرة أخرى، وحكمه أن يصح فى حال الإفاقة، كالعاقل.

راجع إلى الصبي

بيننا وجهه في ما سبق

في المجانين

وجنون^(١)، فلا يصح تصرف صبي، وعبد بلا إذن

من الأحوال

أى ولا يصح

راجع إلى العبد

ولى وسيد، ولا تصرف^(٢) المجنون المغلوب بحال، ومن^(٣) عقد

أى من هؤلاء المحجورين حالة أى يعقل العقد إن شاء

منهم، وهو يعقله يجيزه الولي، أو يفسخه.

لا بمال ولا بحد، ولا بطلاق وعناق

بالإجماع

من نفس أو مال

أى هؤلاء.

وإن^(٤) أتلّفوا شيئاً ضمنوا^(٥)، ولا^(٦) ينفذ^(٧) إقرار

وأما المعنوه وفسر بالقليل الفهم المختلط الكلام الفاسد التدبير إلا أنه لا يضرب، ولا يشتّم، فحكمه كالصبي العاقل فى تصرفاته، ورفع التكليف عنه.

وأما الرق فلأن العبد ومال يده لمولاه، فلا ينفذ تصرفه القول لأجل حقه، فللمولى أن يرفعه يفسخه، ولكن إذا رضى بتصرفه جاز لكونه رضى لفوات حقه.

واعترض عليه بأن هذه العبارة تفيد حصر المنع فى هذه الثلاثة؛ لأن ذكر الأفراد يفيد، وليس كذلك، بل يحجر على المفتى الماجن وغيره، كما تقدم.

وقد يجاب أن المصنف حصر أسباب الحجر المتفق عليه باعتبار معناه الشرعى، وهو منع نفوذ التصرف، لا أسباب الحجر بمعنى المنع، وهذه الثلاثة الملحقة بها لا يصدق عليه المعنى الشرعى، فلا ضير فى خروجها عن الحصر. (عز)

(١) أى لا يصح تصرف عبد بلا إذن سيده، فإن منع العبد لحق المولى، فإذا أذن له فقد زال،

فيتصرف بأهلية، وإن باغلا عاقلا، وإن كان صغيراً، فهو كالحر الصغير. (الزيلعى بزيادة)

(٢) يعنى لا يجوز تصرفه أصلاً ولو أجاز المولى؛ لأن صحة العبارة بالقسیر، وهو لا يتميز له،

فصار كبيع الفضولى.

(٣) قوله: "ومن" أى من عقد البيع والشراء من هؤلاء المحجورين، وهو يعقل البيع والشراء،

بأن يعرف أن البيع سالب للملك، والشراء جالب له، ويعلم الغبن الفاحش من اليسير، ويقصد به تحصيل الربح والزيادة، فالولى بالخيار، إن شاء أجاز، وإن شاء رده؛ لأنه إذا كان بهذه الصفة يحتمل أن يكون فى عقده مصلحة، فيجيزه الولي أو المولى إن رأى فيه ذلك عقد الأجنبى وهو الفضولى، فيتوقف على إجازة.

فإن قيل: هذا البيع مستقيم، وأما فى الشراء فلا يستقيم؛ لأنه لا يتوقف، بل ينفذ على المشتري؟

قلنا: إنما ينفذ على المشتري إذا وجد نفاذاً، كشراء الفضولى، وهنا لم يجد نفاذاً لعدم الأهلية، أو لتضرر المولى، فليتوقف الكل. (الزيلعى)

(٤) كان تفریع على قول لا فعلاً.

(٥) قوله: "ضمنوا" لما ذكرنا أنهم غير محجور عليهم فى حق الأفعال، إذ لا يمكن أن يجعل

القتل غير القتل القطع غير القطع، فاعتبر فى حقه، فيترتب عليه موجه لتحقيق السبب، ووجود أهلية

أى لا ينفذ
 الصبى والمجنون، وينفذ^(١) إقرار العبد فى حقه لا فى حق سيده،
 العبد على نفسه لوجود الأهلية وزوال المانع
 فلو أقر بماله لزمه بعد الحرية، ولو أقر بحد، أو قود لزمه^(٢)
 أى لا يحجر بسبب
 فى الحال لا^(٣) بسفه، فإن^(٤) بلغ غير رشيد^(٥)، لم يدفع إليه ماله

الوجوب وهى الذمة؛ لأن الآدمى يولد وله ذمة صالحة لوجوب الحق عليه وله إلا أنه يخاطب بالأداء إلا عند القدرة، كالميسر لا يطالب بالدين إلا إذا أيسر، وكالنائم لا يؤمر إلا إذا استيقظ من النوم. (الزيلعى)
 (٦) أى لا ينفذ، وإلا فتصرف الصبى العاقل والعبد صحيح، لكنه موقوف.

(٧) قوله: "ولا ينفذ" لأن اعتبار الأقوال فى الشرع منوط بالأهلية، وهى معدومة فيها، حتى لو تعلق بإقرارهما حكم شرعى، كالحد لا تعتبر أيضاً إلا من حيث إنه من إتلاف، فيجب الضمان لا يقال: هذا علم من قوله قولاً؟ لأننا نقول بطريق التضمنين والتصريح أباح منه، فلذا ذكره. (التكملة)

(١) قوله: "وينفذ" لما كان أسباب الحجر ثلاثة، وبين حكم اثنين منها من عدم نفاذ الإقرار، شرع فى بيان حكم الثالث منها، فقال: إذا أقر العبد بشىء يكون نافذاً فى حقه، لقيام أهلية ليلزمه بعد الحرية غير نافذ فى حق مولاه رعاية لجانبه؛ لأن نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين برقبته، أو كسبه، وكل ذلك إتلاف ماله (عز)

(٢) قوله: "لزمه" لأن العبد بقى على أصل الحرية فى حقهما؛ لأنهما من خواص الإنسانية، وهو ليس بمملوك من حيث إنه آدمى، وإن كان مملوكاً من حيث إنه مال، ولهذا لا يصح إقرار المولى بهما عليه، فإذا بقى على أصل الحرية فيهما ينفذ إقراره بهما؛ لأنه أقر بما هو حقه بطلان حق المولى ضمن.
 فإن قيل: قوله عليه الصلاة والسلام: «لا يملك العبد والمكاتب شيئاً إلا الطلاق» يقتضى أن لا يملك الإقرار بالقصاص والحدود؟

قلنا: لما لقي على أصل الحرية فى حقهما يكون إقرار الحر لا إقرار العبد، ولأن قوله تعالى: ﴿بَلِ الْإِنْسَانِ عَلَى نَفْسِهِ بَصِيرَةٌ﴾ يقتضى أن يصحح إقراره فينفذ.

ولا يقال: إنه خصص منه الإقرار بالمال؟ لأننا نقول: الإقرار بالمال ليس بإقرار على نفسه، وإنما هو إقرار على غيره، فلم يتناوله النص على أنا لا نسلم أنه مخصوص؛ لأنه مقبول أيضاً فى حق نفسه، حتى يلزمه بعد الحرية.

ولا يقال: إن النص يحمل على أنه ورد على الحر دفعاً للتناقض بينه وبين ما رويناه؟ قلنا: يحمل المروى على غيره هذه الصورة دفعاً للتعارض. (الزيلعى)

(٣) قوله: "لا" أى لا يحجر عند أبى حنيفة على الحر العاقل البالغ بسفر، وهو الإسراف فى النفقة والتبذير لا لغرض، أو لغرض لا يعتبر العقلاء من أهل الديانة، مثل دفع المال إلى المغنين واللعاين وبشراء الحمام الطيارة بالثمن الغالى، وقال أبو يوسف ومحمد: يحجر عليه الإمام، ما روى ابن عمر: "أنه عليه الصلاة والسلام ذكر له رجل يخدع فى البيع، فقال: من بايعت فقال: لا خلافة"،

حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة، ونفذ^(١) تصرفه قبله، ويدفع
 أى خمسا وعشرين سنة أى حال كونه مفسداً بالجر عطف على قوله: لا بسفه
 إليه ماله إذا بلغ المدة مفسداً، وفسق^(٢) وغفلة^(٣) ودين^(٤)،

رواه البخارى ومسلم.

وفى رواية غيرهما قيل له: أحجر عليه، ولأنه عاقل كامل العقل، ألا ترى أنه مطلق، فلا يحجر عليه كالرشيد، ولهما قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ فَلْيُمْلِلْ وَلِيَهُ بِالْعَدْلِ﴾، وهذا نص فى إثبات الولاية على السفیه. (الملتقط من الشروح)

(٤) قوله: "فإن قال فى شرح النقاية": وإذا بلغ الصبى غير رشيد لم يسلم إليه ماله عند أبى حنيفة رحمه الله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة، وصح عنده تصرفه، أى الذى بلغ غير رشيد قبله، أى قبل خمس وعشرين سنة، وبعده أى بعد الخمس والعشرين سنة يسلم إليه ماله بلا رشد، وعندهما، وهو قول مالك والشافعى وأحمد لا يسلم إليه ماله، ولا يجوز تصرفه فيه حتى يونس رشده؛ لقوله تعالى ﴿فَلَا تَوْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾، وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ آتَيْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ فإنه تعالى منع عن الدفع إليه ما دام سفياً، وأمر بالدفع إليه إن وجد رشيداً، فلا يجوز الدفع إليه قبل الرشيد.

ولأبى حنيفة قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا الْيَتَامَى أَمْوَالَهُمْ﴾، والمراد بعد البلوغ، وسموا يتامى بقربهم من اليتيم، فهو تخصيص على وجوب دفع المال بعد البلوغ، إلا أن يبلغ عنه ماله قبل هذه المدة بالإجماع، ولا إجماع هنا، فيجب دفع المال بالنص.

ولأن أحوال البلوغ قد لا يفارقه السفه باعتبار أثر الصبا، فقد رناه بخمس وعشرين سنة؛ لأنه وقت يتصور أن يصير فيه جداً، بأن يبلغ اثنتى عشرة سنة، ويولد له لسته أشهر، ويبلغ ولده اثنتى عشرة سنة، ويولد له لسته أشهر.

والمراد من الآية الأولى: أموالنا لا أموالهم، والآية الثانية مشتملة على التعليق بالشرط، وهو لا يوجب العدم الشرط عندنا على أن الشرط رشد نكرة، صار الشرط فى حكم الوجود بوجه يوجب جزاءه، وأول أحوال البلوغ مبدأ مفارقة السفه باعتبار الصبا، وبقاء أثره بقاء عينه، وإذا امتد الزمان، فظهرت الخبرة، فالتجربة لم يبق أثره، وحدث ضرب من الرشد لا بحالة؛ لأنه حال بسر، فقد روى عن عمر أنه قال: ينتهى لب الرجل إذا بلغ خمسا وعشرين سنة. (شرح النقاية)

(٥) هو فعيل من الرشد وهو التهدى إلى وجود المصالح.

(١) أى تصرف الذى بلغ غير رشيد، ولم يبلغ خمسا وعشرين سنة.

(٢) قوله: "فسق" أى لا يحجر عليه بسبب فسق، وهو معطوف على قوله: لا بسفه، وقال الشافعى رحمه الله: يحجر عليه بسبب الفسق زجراً له وعقوبة عليه كالسفيه عنده، فإنه يحجر عليه زجراً له وعقوبة على إسراره، والفاسق أولى بذلك، ولهذا لم يجعله أهلاً للإمامة والشهادة.

وعندهما حجر السفیه ينظر له صيانة لماله، والفاسق مصلح ماله، فيدخل تحت قوله تعالى: ﴿فَإِنْ آتَيْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ لأن رشداً نكرة فى سياق الشرط، فتتناوله الآية؛ لأن

وصلية الحجر عليه أي المديون أي المديون يعني حبه القاضي
 وإن طلب غرماءه، وحبسه^(١) لبيع ماله في دينه، فلو^(٢) ماله
 والقاضي يأخذه إجماعاً أي والمديون
 في دينه دراهم، قضى بلا أمره ولو^(٣) دينه دراهم وله دنائير، أو

الرشد المذكور في الآية الاصطلاح في المال دون الاصطلاح في الدين والاعتقاد، ألا ترى أن الكافر لا يحجر عليه، وأي فسق يكون أعظم منه، ولو كان الفسق موجباً للحجر لحجر النبي ﷺ والخلفاء بعده على الكافر، إذ هو أعظم وجوه الفسق، ولا يخفى على أحد فساد هذا القول. (الزيلعي)

(٣) قوله: "غفلة [بالجر أيضاً]" أي لا يحجر على الغافل بسبب غفلة، وهو ليس بمفسد، ولا يقصده، لكنه لا يهتدى إلى التصرفات الرابحة يتعين في البياعات سلامة قلبه، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله: يحجر عليه كالسفيه صيانةً لماله، ونظراً له، ألا ترى أن أهل متنقذ لما طلبوا النبي ﷺ أن يحجر عليه، فأقرهم على ذلك، ولم ينكر عليه، ولو لم يكن الحجر مشروعاً لأنكر عليهم.

قلنا: الحديث دليل لنا؛ لأنه عليه الصلاة والسلام لم يجيبهم إلى ذلك، وإنما قال له: «قل لا خلافة» الحديث، ولو كان الحجر مشروعاً لأجابهم إليه.

وقولهم: لم ينكر عليهم، قلنا: النفي لا يحاط بالعلم، ولعله أنكر عليهم، إلا أنه أنه لم ينقل إلينا، وعدم النقل لا يدل على عدم الوقوع، فكم من واقعات لم تنقل إلينا، بل الظاهر أنه أنكر عليهم، وما نقل إلينا من عدم إجابته ومخالفته لهم بالفعل دليل عليه. (الزيلعي)

(٤) قوله: "ودين [أي ولا يحجر أيضاً بسبب دين]" أي لا يحجر عليه بسبب دين، ولو طلب غرماءه الحجر عليه، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن في الحجر إهدار أهليته، وإلحاقه بالبهائم، وذلك ضرر عظيم، فلا يجوز إلحاقه به لدفع ضرر خاص، ولا يتصرف الحاكم في ماله؛ لأنه حجر عليه، ولأن البيع لا يجوز إلا بالتراضي بالنص، فيكون باطلاً. (الزيلعي)
 فظهر أن كلمة "إن" وصلية، فلا تصغ إلى ما في بعض الحواشي أن كلمة "إن" شرط، وقوله: حبسه جزاء. (عز)

(١) قوله: "وحبس" وإنما كان له حبسه؛ لأن قضاء الدين واجب عليه، والمماطلة ظلم، فيجب الحاكم دفعاً لظلمه، وأيضاً للحق لمستحقه، ولا يكون ذلك إكراهاً على البيع. (الطحاوي)

(٢) قوله: "فلو" أي لو كان ماله الموجود عنده دراهم، ودين الواجب عليه أيضاً دراهم، قضى دينه بلا أمره، وكذا إذا كان كلاهما دنائير، للدائن أن يأخذه بيده إذا ظفر بجنس حقه بغير رضا المديون، فكان للقاضي أن يعينه. (عز)

(٣) قوله: "ولو" أي ولو كان دينه الواجب عليه دراهم، والمال الموجود عنده دنائير، أو بالعكس، بأن كان دين الواجب عليه دنائير، والمال الموجود عنده دراهم، بيع الدنائير في الأول، والدراهم في الثاني في دينه، وهذا استحسان، والقياس أن لا يبيع كالعروض.
 ووجه الاستحسان أن الدراهم والدنائير متحدان في الثمنية والمالية، ولذا يضم أحدهما إلى الآخر

بالعكس بيع في دينه، ولم يبيع^(١) عرضه وعقاره وإفلاس^(٢)،
فإن^(٣) أفلس مبتاع عين^(٤)، فبائعته أسوة للغرماء.

في الزكاة، مختلفان في الصورة حقيقة وهو ظاهر، وحكما؛ لأن ربا الفضل لا يجري بينهما، فبالنظر إلى الاتحاد ثبت للقاضي ولاية التصرف، وبالنظر إلى الاختلاف لم يثبت للدائن الأخذ عند الضرر بأحدهما عملا بالشبهين، ويقسم ثمنه بين الغرماء بالحصص، ويتفق عليه، وعلى من يلزمه نفقة من زوجته وأولاده الصغار وذوى الأرحام مما في يده؛ لأن حاجته الأصلية مقدمة على حق الغرماء، ويترك له من ثياب بدنه دست، ويباع الباقي لوقوع الكفاية بالواجد، وهو مختار الحلواني.

وقيل: يترك له وستان لئلا يقعد في بيته معلوماً محسوراً إذا غسل ثيابه، وفي "فتاوى الصغرى": إذا كان له ثياب، حسنت يمكنه الاكتفاء بما دونها تباع، ويكتفى بالدون (عز)

(١) قوله: "ولم يبيع" أى لا يبيع القاضي عرض المينت وعقاره، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله، وعندهما يبيع، والفرق بين النقود والعروض على قول الإمام: إن الأعراض تتعلق بصور العروض وأعيانها، وليس للقاضي إلحاق الضرر ببعضهم يمنع عرضه في ملكه، وأما النقود ومسائل؛ لأن المقصود فيهما المالية دون العين، فافترقا. (الزيلعي بتصرف)

(٢) قوله: "إفلاس" أى لا يحجر بسبب إفلاس، خلافاً لهما [أى لا يحجر عليه بسبب الإفلاس، بل يجعل حتى يظهر القاضي أنه لا مال له، فإذا ظهر له ذلك أخرجه من الحبس، ثم إذا أخرجه من الحبس لا يحول بينه وبين غرماءه بعد الإخراج، بل يلازمونه عند أبى حنيفة، لقوله عليه الصلاة والسلام: «لصاحب الحق اليد واللسان»، أراد باليد الملازمة، وباللسان القاضي، ويأخذون فضل كسبه، ويقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة، ولو قدم البعض على البعض في القضاء جاز.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: إذ أفلسه الحاكم حال بينه وبين غرماءه، إلا أن يقيموا البينة أن له مالا، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ وقد ثبت عسرتة، فوجب إنظاره.

قلنا: دينه ثابت في ذمته، وذلك يجوز متابعتة والآية، فوجب الإنظار إلى الميسرة، ونحن نقول: به؛ لأنه لا يطالبه بشيء من حقه حتى يثبت أنه قد حصل مال الملازمة لا تنافي النظرة إلى الميسرة. (الزيلعي بقدر الحاجة)

(٣) قوله: "فإن" أى لو اشترى متاعاً فأفلس، والمتاع قائم في يده بالذى باعه المتاع أسوة للغرماء فيه، مراده بعد قبض المشتري المتاع باذن البائع، وإن كان قبل القبض فللبائع أن يحبس المتاع حتى يقبض الثمن، وكذا إذا قبضه المشتري بغير إذنه، كان له أن يسترده، ويجسه بالثمن.

وقال مالك والشافعي وأحمد: بائع العرض أحق به في حياة المشتري، وبعد حياته هو أحق به عند الشافعي فقط، لما في "الصحيحين": عن أبى هريرة أن النبي ﷺ قال: «من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس، فهو أحق به من غيره» ولأن المشتري عجز عن تسليم أحد بدلى العقد، وهو الثمن، فيثبت

أى فى بيانه

فصل^(١) فى حد البلوغ

بلوغ^(٢) الغلام بالاحتلام والإحبال والإنزال، وإلا فحتى

أى وبلوغ الجارية

يتم ثمانى عشرة سنة، والجارية بالحيض والاحتلام والحبل،
أى وإن لم يوجد شيء من ذلك ٠ لقصر أعمار أهل زماننا
وإلا فحتى يتم سبع عشرة سنة، ويفتى^(٣) بالبلوغ فيهما

للبنات حق الفسخ، كما يثبت للمشتري لا عجز البائع عن تسليم المبيع لا باقى .
ولنا قوله تعالى : ﴿وَإِنْ كَانَ دُونُ عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ وذلك لأن المشتري إذا أفلس استحق بهذا
النص النظرة إلى الميسرة، فليس للبائع أن يطالبه قبلها، ولا فسخ بدون المطالبة بالثمن، وهذا لأن الدين
صار مؤجلاً إلى الميسرة لتأجيل الشارع، والعجز عن المؤجل بتأجيل المتعاقدين لا يثبت خيار الفسخ قبل
مضى الأجل، فكيف يثبت فى المؤجل بتأجيل الشارع، والحديث محمول على المغصوبات والودائع
والعوارى والإجازات والرهن؛ لأن المبيع بعد البيع ليس بمال البائع بعينه، وإنما هو مال المشتري؛ لأنه
خرج عن ملك البائع، وضمائه بالبيع والقبض، بخلاف المغصبات، فإنها بعد الغصب مال المغصوب
منه بعينه، وكذلك الودائع مال المودع بعينه، والعوارى والإجازات والرهن . (الزيلعى والشمى)

(٤) أى مشتري عين يعنى اشترى عيناً، فأفلس والمتاع فى يده .

(١) قوله : "فصل" لما كان الصغر أحد أسباب الحجر، وكان له نهاية وجب، بيان انتهاءه، وهذا
الفصل لبيانه . (الطحطاوى بتصرف)

(٢) قوله : "بلوغ" أى بلوغ الغلام بأحد ثلاثة أشياء : الأول : بالاحتلام، قال فى "المعدن" :
الاحتلام اسماً لما يراه النائم من الجماع، فيحدث مع إنزال المنى غالباً، فغلب لفظ الاحتلام فى هذا غيره
من أنواع المنام لكثرة الاستعمال، والثانى : فى الإحبال، والثالث : الإنزال إذا وطئ .
وكذا علامات بلوغ الجارية ثلاثة أشياء أيضاً : الأول والثانى : بالاحتلام، والثالث : الحبل،
وأجمعوا على أن هذه علامات البلوغ، وإن لم يوجد شيء من علامات بلوغ الغلام، حتى يتم عليه
ثمانى عشرة سنة وإن لم توجد من علامات بلوغ الجارية، حتى تتم سبع عشرة سنة .
وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى : إذا شاء، تم الغلام والجارية خمس عشرة سنة، فقد بلغا، وله
قوله تعالى : ﴿حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾، وأشد الصبى ثمانى عشرة سنة .

قال ابن عباس - وتابعه القتيبى - : وهذا أقل ما قيل : فيه، فإنه قيل : الرشد اثنان وعشرون سنة،
وقيل : ثلاثة وعشرون، فبنى الحكم عليه للتيقن به، غير أن الإناث إدراكهن أسرع، فلقضيا فيهن سنة
لاشتمالهما على الفصول الأربعة التى يوافق واحد منها الزواج، والأصل هو الإنزال لقوله تعالى :
﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ﴾، ولكون الحمل والإحبال لا يكونان إلا مع الإنزال، وكذا الحيض لا
يكون عادتاً لا فى وقت الحول، والحبل لا يكون إلا من الإنزال . (عز)

بـخمس عشرة سنةً، وأدنى^(١) المدة في حقه اثنتا عشرة سنةً،
 وفي حقه تسع سنين، فإن^(٢) راهقاً^(٣)، وقالوا: بلغنا صدقاً،
 وأحكامهما أحكام^(٤) البالغين.

(٣) قوله: "ويفتى" لأن ابن عمر عرض على النبي ﷺ يوم أحد وهو ابن أربعة عشر سنةً، ولم يجزه، وعرض عليه يوم الخندق وهو ابن خمس عشرة سنةً فأجازه.
 ولأن بلوغهما لا يتأخر عن خمس عشرة عادةً، والعادة إحدى حجج الشرعية فيما لا نص فيه.
 (شرح النقاية)

(١) قوله: "وأدنى" يعنى لو ادعى البلوغ في هذه المدة تقبل منهما، ولا تقبل فيما دون ذلك؛ أن الظاهر يكذبه، ولا يخفى أن ذلك لا يعرف إلا بسماع، أو تتبع.
 وفي "شرح مسلم": ومن ظرف أحوال عبد الله بن عمرو بن العاص أنه ليس بينه وبين أبيه في الولادة إلا إحدى عشرة سنةً، وقيل: اثنتى عشرة. (التكملة وشرح النقاية)

(٢) قوله: "فإن" يقال: راهق من كذا، أى دنا منه، وصبى مراهم، وتامن البلوغ، أى إذا قارباً الحلم.

وقالوا: صرنا بالغين، صدقاً في قولهم، وليس عليهما عيب؛ لأن ما أقرب له لا يعرف إلا من جهتهما، فيقبل فيه قولهما، كما يقبل قول المرأة فيما لا يطلع عليه غيرها كالحيض.
 وقيد في "التنوير" بقوله: إن لم يكذبهما الظاهر، قال في "الدر": كذا قيده في "العمادية" وغيرها، فيعد اثنتى عشرة سنة يشترط شرط آخر لصحة إقراره بالبلوغ، وهو أن يكون مجال يحتلم مثله، وإلا لا يقبل قوله، فإن بلغا هذا السن، وقالوا: بلغنا، وظاهر حالهما الضعف والزمانة، كغالب أولاد القاهرة، فإنهما لا يصدقان. (عز)

(٣) بأن بلغا هذا السن.

(٤) قوله: "أحكام" فلا يقبل جحدوه البلوغ بعد إقراره مع احتمال حاله، فلا تنقض قسمته ولا بيعه. (الدر المختار)

المناسبة ظاهرة إذ الإذن يقتضي سبق الحجر

كتاب^(١) المأذون^(٢)

الثابت بالرق أو بالصبا

الإذن فك الحجر وإسقاط^(٣) الحق فلا يتوقت^(٤)، ولا

يتخصص^(٥)، ويثبت^(٦) بالسكوت إن رأى عبده يبيع ويشترى،
بنوع من التجار كالمكاتب. الإذن أى سكوت المولى

(١) المأذون مصدر كمعمور، وإن كان الظاهر أنه صفته إلا أنه يحتاج إلى حذف المضاف والصلة، كما في الكرمانى يقال: هو مأذون لهما، وترك الصلة ليس من كلام العرب. (الطحطاوى)

(٢) قوله: "المأذون" الإذن لغة: الإعلام، وشرعاً: عندنا فك الحجر، وإسقاط الحق الثابت بالرق ورفع المانع من التصرف حكماً، وإثبات اليد للعبد فى كسبه، ثم يتصرف العبد نفسه بأهليته، وعند الشافعى وأحمد وزفر توكيل وإنابة للعبد فى كسبه، ثم يتصرف المولى بإذنه؛ لأن المانع من التصرف وهو الرق باق بعد الإذن، فعندهم يصح نص التقييد، حتى لا يجوز للعبد أن يجاوز ذلك الكوكيل.

ولنا أنه بعد الرق أهل للتصرف بلسانه الناطق، وعقله المميز، وهما لا يفوتان بالرق؛ لأنهما من كرامات بنى آدم، وإنما حجر عليه فى حالة الرق؛ لأن تصرفه حينئذ لم يعهد إلا موجباً لتعلق الدين برقبته أو كسبه، وذلك ملك المولى، فلا بد من إذنه كيلا يبطل حقه بغير رضاه. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "وإسقاط" فإن قيل: إنه لو كان إسقاطاً لما كان للمولى ولاية الحجر؛ لأن الساقط لا يعود، قلنا: بقاء ولاية الحجر باعتبار أن الرق باق، فالحجر امتناع عن الإسقاط فيما يستقبل لا فيما مضى، لا لأن الساقط يعود. (الكشف)

(٤) الإذن بزمان ولا مكان؛ لأن الإسقاطات لا تتوقت، حتى لو أذن لعبده يوماً، كان مأذوناً أبداً حتى يحجر عليه.

(٥) قوله: "ولا" فإذا أذن فى نوع عمل أذنه فى الأنواع كلها؛ لأنه فك الحجر لا توكيل، حتى لو أذنه بشراء البحر، ونهى شراء البر كان إذناً بشراء البر وغيره، وإن لم يكن العبد مهتدياً إلى التصرف فى غير البحر، والسيد عالم به، ثم كون الإذن لا يتخصص إذا صادف الإذن عبداً محجوراً ما إذا صادف عبداً مأذوناً يتخصص، حتى إن المولى إذا أذن لعبده فى التجارة، ثم دفع إليه مالا، وقال: اشترى به الطعام، فاشترى العبد به رقيقاً، فإنه يصير مشترياً لنفسه دون مال مولاه، ولو نقد مال مولاه ليس للمولى أن يتبعه، وإن استهلك مال المولى، ولكن يتبع البائع ويأخذه. (الدر المختار والطحطاوى)

(٦) قوله: "ويثبت" أى يثبت الإذن للعبد بسكوت المولى عند ما يراه يشتري ويبيع، ولا فرق فى ذلك بين أن يبيع عيناً مملوكاً للمولى، أو لغيره بإذنه أو بغير إذنه بيعاً صحيحاً أو فاسداً، وقال مالك والشافعى وأحمد وزفر: لا يثبت الإذن بسكوت المولى إذا رأى عبده يبيع ويشترى؛ لأن السكوت

المولى أى إذناً عاماً ^{يعنى لم يقبده بشراء بعينه} فإن^(١) أذن عاماً، لا بشراء شيء بعينه يبيع ويشترى، ويوكل^(٢) ^{بالبيع والشراء} بهما، ويرهن ويرتهن^(٣) ويستأجر، ويضارب ويؤجر^(٤) ^{لأنه من صنع التجار. لأنهم من عادة التجارة} نفسه، ويقر^(٥) ^{المأذون} بدين وغصب^(٦) ووديعة^(٧)، ولا^(٨) يتزوج ولا

يحتمل الرضا وغيره، فلا يثبت رضاه بالشك.

ولنا أن العادة جرت بأن من لا يرضى بتصرف عبده بينها عنه، بل يؤدبه عليه، فإذا لم يته وسكت كان ذلك إذناً دلالة، دفعاً للضرر عن الناس فى المعاملة، فإنهم يعتقدون ذلك إطلاقاً منه فيبايعون، وحملوا لفعله على ما يقتضيه الشرع والعرف، كما فى سكوت النبى ﷺ عند أمر يعاينه عن التغيير والتكثير، وسكوت البكر والشفيع. (الزيلعى وشرح النقاية)

(١) قوله: "فإن" يعنى لو أذن له مولاه إذناً عاماً بأن قال له: أذنت لك فى التجارة، ولم يقيد بشراء شيء بعينه، ولا بنوع من التجارة، وجاز له التصرف فى جميع التجارات يبيع ويشترى؛ لأن اللفظ يتناول جميع أنواع التجارات، وأما إذا أمره بشراء شيء بعينه كالطعام والكسوة، لا يكون مأذوناً له؛ لأنه استخدام، ولو صار مأذوناً له لانسد على المولى باب الاستخدام. وعلى هذا لو أمره ببيع ثوب بعينه، لا يكون مأذوناً، وكذا لو قال له: آجر نفسك من فلان؛ لأنه أمره بعقد واحد، فيكون استخداماً، بخلاف ما إذا قال له: آجر نفسك من الناس، أو أقعد صباغاً، أو خياطاً، أو قال له: ألفاً، وأنت حر، حيث يكون إذناً له؛ لأنه أمره بعقود متعددة، فيدل ذلك على الإذن. (الزيلعى)

(٢) قوله: "ويوكل" أى يجوز له التوكيل بالبيع والشراء؛ لأنه من توابع التجارة، فلعله لا يتمكن من مباشرة الكل، فيحتاج إلى المعين. (الزيلعى)

(٣) شيئاً لنفسه لأنها من توابع التجارة.

(٤) قوله: "ويؤجر" وعند مالك والشافعى وأحمد لا يؤجرها؛ لأن الإذن له بالتجارة لا يتناول نفسه، فلا يتناول منافعها؛ لأنها تابعة لهما، ولهذا لم يكن له أن يبيع نفسه، ولا أن يرهنها. ولنا أن الإجازة من باب التجارة، إذ هى بيع المنافع، ولا يلزم من امتناع بيع النفس امتناع إجارتها، ألا ترى أن الحر لا يملك بيع نفسه رأس ماله، فيملك التصرف فيه إلا إذا كان فيه إبطال الإذن كالبيع؛ لأنه يتحجر به والرهن؛ لأنه يحبس به، فلا يحصل مقصود المولى، وأما الإجازة فلا يتحجر بها، ويحصل الربح. (شرح النقاية والكشف)

(٥) قوله: "ويقر" أى إذا أقر المأذون بدين لأحد عليه بغصب، أو وديعة صح؛ لأن الإقرار من توابع التجارة؛ لأنه لو لم يصح إقراره لم يعامله أحد، فلا بد من قبول إقراره فيما هو من باب التجارة، والإقرار بالدين منه، وكذا بالغصب؛ لأن ضمان الغصب ضمان معاوضة عندنا؛ لأنه يملك المغصوب بالضمن، فكان من باب التجارة، وإقراره بالوديعة من باب التجارة؛ لأنه لا يجد بد منه، فكان من

سواء كان ديكاً أو أنثى عبده
يزوج مملوكه، ولا يكاتب^(١) ولا يعتق^(٢)، ولا يقرض^(٣) ولا
ولوعوض^(٤)، ويهدي^(٥) طعاماً يسيراً، ويضيف من يطعمه،
كالرغيف ونحوه

توابعه ولوازمه، ولا فرق بين ما إذا كان عليه دين، أو لم يكن إذا كان الإقرار في صحة، وإن كان في المريض قدم غرماء الصحة، كما في حق الحر، فحاصله أن ما يكون من باب التجارة من ديونه، صح إقراره به صدقه المولى أو كذبه، وما لا يكون من باب التجارة لا يصدق فيه كالمحجور عليه. (الزليعى ملخصاً)

(٦) بأن يقر أنه غصب شيئاً من فلان.

(٧) بأن يقر أن هذا الشيء ودیعة لفلان.

(٨) قوله: "ولا" أى ولا يزوج المأذون عبده أو أمته؛ لأن التزويج ليس من باب التجارة، بل ربما يترتب عليه نوع من الخسارة، وقال أبو يوسف: يزوج الأمة؛ لأن فى تزويجها تحصيل المهر، وسقوط النفقة، فكان كإجارتها. (شرح النقاية)

(١) لأن التجارة مبادلة المال بالمال، والكتابة مبادلة المال بفك الحجر فى الحال.

(٢) قوله: "ولا يعتق" لأنه فوق الكتابة، فكان أولى بالامتناع، وإن أجازاه المولى فلم يكن عليه دين جار، وكان قبض العوض إليه إن كان العتق على مال، وإن كان عليه دين مستغرق لا ينفذ عند أبى حنيفة رحمه الله خلافاً لهما بناء على أنه يملك فى يده أم لا. (الزليعى)

(٣) قوله: "ولا يقرض" لأنه يتبرع ابتداء وهو لا يملك، وينبغى أن يقال: إذا كان درهما فصاعداً، فأما ما دونه فيجوز أن يقرض، كما فى الهبة. (التكملة)

(٤) قوله: "ولا يهب" أطلقه فشمّل ما إذا كان بعضوض أولاً؛ لأنه تبرع ابتداء وانتهاء، وأطلق فى منع الهبة فشمّل ما قيمته درهم، وما دونه.

وفى المحيط: "ولا يهب هذا إذا بلغت قيمته درهماً فصاعداً، فيجوز هبته ما دون الدرهم؛ لأنه من صنيع التجارة؛ لأنه لا بد للتجار منه ليعرف ويميل قلب الناس إليه. (التكملة)

(٥) قوله: "ويهدى" لأن التجار محتاجون إليه لاستجلاب قلوب المجاهزين، وروى أنه عليه الصلاة والسلام يجب دعوة المملوك، والمراد به المأذون له؛ لأن المحجور عليه ليس له أن يتخذ الضيافة اليسيرة لعدم الإذن، وعن أبى يوسف أن المحجور عليه إذا دفع إليه المولى قوت يومه ذرعاً، فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام، فلا بأس به بخلاف ما إذا دفع إليه قوت شهر؛ لأنهم إذا أكلوه يتضرر به المولى ولا يقدر.

ويمكن أن الضيافة تقدير؛ لأنه يختلف باختلاف المال وغيره، وقالوا فى "الهداية": ليس له أن يهدى إلا الشيء اليسير من المأكول، وليس له أن يهدى الدراهم. (الزليعى)

أى من ثمن المتاع الذى باعه. أى الدين الذى يركب المأذون.
 ويحط^(١) من الثمن بعيب^(٢)، ودينه^(٣) متعلق برقبته
 بأمر القاضى أى بسبب الدين
 يبيع^(٤) به إن لم يفده^(٥) سيّده^(٦)، وقسم^(٧) ثمنه

(١) قوله: "ويحط [قدر ما يحط التجارة]" أى يجوز للمأذون أن ينقص شيئاً من الثمن الذى تمّ عليه عقد البيع؛ لأنه من صنيع التجار، وقد يكون الحط أنظر له من قبول المعيب، بخلاف الحط من غير عيب، أو الحط أكثر من العادة؛ لأنه تبرّع محض بعد تمام العقد، وهو ليس من صنيع التجار، فلا ضرورة إليه بخلاف المحاباة ابتداء؛ لأنه قد يحتاج إليه التاجر على ما بيناه، أطلقه فشمّل ما إذا كان قدر العيب، أو أكثر أو أقل، وهو مقيد بما إذا كان قدره، فلو قال: بقدره، لكان أولى، وله أن يؤجل فى دين وجب له؛ لأنه من عادات التجار. (الزيلعى والتكملة وبزيادة)

(٢) أى من ثمن المتاع الذى باعه.

(٣) قوله: "ودينه" يعنى إذ تعلق الدين برقبة المأذون، حيث لا كسب له يباع فيه رقبته دفعاً للضرر عن الغرماء، ولا يعجل القاضى بيعه، بل يلتزم لاحتمال أن يكون له مال يقدم، أو دين يقبضه، فإذا مضت مدة التلوم، ولم يظهر له وجه باعه؛ لأن القاضى نصب ناظراً للمسلمين، ولم يقدر مدة التلوم. قيل: هو مفوض إلى رأى القاضى، وقيل: يقدر بثلاثة أيام، ولا يبيعه القاضى إلا بحضرة مولاه أو نائبه، وقال مالك والشافعى وزفر: يتعلق بكسبه لا برقبته؛ لأن رقبته ليست من كسبه، فلا يباع فيه، كسائر أموال المولى، وذلك أن رقبته ملك المولى، فلا يتعلق بها الدين إلا بتعليقه. ولنا أن هذا دين ظهر وجوبه فى حق المولى بسبب العبد، فيتعلق برقبته كدين الاستهلاك والمهر ونفقة الزوجة. (التكملة وشرح النقاية)

(٤) أى معنى تعلق الدين برقبته أنه يباع. . . إلخ.

(٥) أى جميع الديون، ولم يرد به أداء قيمته. (الكشف)
 وفى رد المحتار: بل يخيّر مولاه بين البيع أو الفداء؛ أى أداء جميع الديون، ولم يرد به أداء قيمته، نبه عليه فى "الكفاية".

(٦) فإن فداه مولاه أى أدى ما جميع الديون على لم يبيع.

(٧) قوله: "وقسم" لأن ديونهم متعلقة برقبته، فيتخاصمون فى الاستيفاء من البذل، كما فى التركة، ويشترط لبيع العبد نفسه أن يكون المولى حاضراً؛ لأن المولى هو الخصم فى رقة العبد، كما إذا ادعى الرقة إنسان، ولا يكون العبد فيه خصماً، ولبيع كسبه لا يشترط حضور المولى، ويشترط حضور العبد؛ لأن العبد هو الخصم فى كسبه، ألا ترى أنه إذا ادعى كسبه كان هو الخصم فيه. (الزيلعى)

أى يحجر المولى إياه

بالخصص، وما^(١) بقى طوب به بعد عتقه، وينحجر بحجره

إن^(٢) علم^(٣) به أكثر أهل سوقه، وبموت^(٤) سيده وجنونه^(٥)،

(١) قوله: "وما" أى ما بقى من الدين بعد ما اقتسم الغرماء ثمنه يطالب به بعد الحرية، ولا يطالب به للحال؛ لأن دينهم ثابت فى ذمته، ولم يستوفوا الكل منه؛ لأن رقبته لم تف به، فيبقى دينهم على حاله فى ذمته، فيستوفونه، إذا قدر على إيفاءه، ولا يقدر إلا بعد العتق؛ لأنه لا يمكن بيعه ثانيًا، ولا استعادوه؛ لأن المشتري يتضرر بذلك.

ولأنه لو علم المشتري أنه يباع عليه ثانيًا، أو يستسعى يمتنع من شراءه، فيؤدى إلى امتناع البيع بالكلية، فيعود الضرر على غرماءه، فلا يشرع.

ولو اشتراه بعد ذلك مولاه الذى باعة للغرماء، لم يكن له على العبد تعلق؛ لأن هذا ملك جديد بسبب جديد، وتبدل الملك كتبدل العين حكمًا، فصار كأنه عبد آخر، وفى نفقة الزوجة يباع مرارًا كما نفدت؛ لأن النفقة يتجدد ساعة فساعة، فتكون دينًا حادثًا بعد البيع، ويتعلق دين الغرماء بجميع ما فى يده من المال المكتسب بعد الدين، وقبله بأى سبب كان. (الزيلعى بحذف)

(٢) وقيدته فى "النقاية" بشرط علم المأذون أيضًا.

(٣) قوله: "إن علم" لأن إعلام الكل قد يعسر، فيقام الأكثر مقام الكل، كما فى تبليغ الرسالة من الرسالة، وقال مالك والشافعى وأحمد: وبلا علمهم أيضًا؛ لأن المولى تصرف فى خالص حقه، فينفذ، ولا يتوقف على علم غيره.

ولنا أن الحجر لو صح بدون علمهم للحق الضرر بهم بتأخير حقهم إلى ما بعد عتقه؛ لأن دينه حين حجره لا يتعلق برقبته وكسبه، وقد باعوا منه على رجاء التعلق بهما، وقيد بالأكثر لأن المولى لو حجر عليه بحضرة الأقل من أهل سوقه، لم يصير محجورًا عليه. (شرح النقاية)

(٤) قوله: "وبموت" أى يصير محجورًا عليه بهذه الأشياء علم العبد أو لم يعلم؛ لأن الإذن غير لازم، وما لا يكون لازمًا من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء كأنه يأذن له، ابتداء فى كل ساعة لتمكنه من الفسخ، والحجر عليه فى كل ساعة، فتركه على ما كان عليه كإنشاء الإذن فيه، فيشترط قيام الأهلية فى تلك الحالة، كما يشترط فى الابتداء، وقد زالت الأهلية بالموت والجنون، وكذا باللاحاق؛ لأنه موت حكمًا، حتى يعتق مدبروه وأمهات أولاده، ويقسم ماله بين ورثته، فصار محجورًا عليه فى ضمن بطلان الأهلية، فلا يشترط فيه علمه، ولا علم أهل سوقه؛ لأن الحجر حكمى، فلا يشترط فيه العلم، كانهزال الوكيل بهذه الأشياء، فافتراق الشريكين.

وكما إذا أخرجه المولى عن ملكه، وكالشركة المفاوضة تبطل بملك أحدهما مالا يصح فيه الشركة، وتصير عنانًا، وإن كان أحدهما لا يملك إبطالها. (الزيلعى)

(٥) قوله: "وجنونه" لو قال المؤلف: وجنون أحدهما ولحقه بدار الحرب لكان أولى؛ لأن يفيد جنون العبد ولحقه بدار الحرب؛ أنه أكثر فائدة. (التكملة)

وبدار الحرب ويحجر أيضاً بإباق العبد المأذون بالجهر عطف على الإباق
 ولحقه مرتداً، وبالإباق^(١) والاستيلاد^(٢) لا^(٣)
 أى لا تحجر الأمة بالتدبير المولى لو عليهما دين محيط
 بالتدبير^(٤)، وضمن^(٥) بهما قيمتهما^(٦) للغرماء، وإن^(٧) أقر بعد

(١) قوله: "وبالإباق" أى وبالإباق أيضاً يصير محجوراً عليه حكماً، حتى لا يشترط أن يعلم أهل سوقه، كما فى الجنون، وقال زفر والشافعى رحمهما الله: لا يكون محجوراً عليه بالإباق؛ لأن الإباق لا ينافى ابتداء الإذن، ألا ترى أنه إذا أذن لعبده المحجور عليه الأبق صبح، وجاز للعبد أن يتجر إذا بلغه؛ فلأن لا ينفع بقاءه وهو دونه أولى، فصار كما إذا غضب، وهذا لأن صحة الإذن باعتبار ملك المولى، وقيام رأيه، ولم يخل ذلك بإباقه، فكيف يصير محجوراً عليه، بخلاف ما إذا جن المولى وأخواته على ما بينا.

ولنا أن المولى لم يرض بتصرف عبده المتمرد الخارج عن طاعة وعادة، فكان حجراً عليه دلالة، والحجر مما يثبت فى الدلالة، كالإذن، وبالإباق يمنع لإبتداء عندنا على ما ذكره شيخ الإسلام المعروف بـ "خواهرزاده".

قلنا: ولئن سلمنا، فالدلالة ساقطة العبرة مع التصريح بخلافها، وأما الغصب فإن كان المولى يتمكن من أخذه بأن كان الغاصب مقراً بالغصب، أو كان للمالك بيعة، يمكنه أن ينتزعه من يد الغاصب، وينتزع كسبه، فيجوز أن يأذن له ابتداء، فكذا بقاء الدلالة، وإن كان لا يتمكن من أخذه، بأن كان الغاصب جاحداً، ولم يكن للمالك بيعة، يمنع الإذن ابتداء، فكذا بقاء لعدم ما يدل عليه، ولو عاد من الإباق، فالصحيح، وأن الإذن لا يعود (ز)

(٢) قوله: "والاستيلاد" الأمة المأذون لها تصير محجوراً عليها باستيلادها المولى، وقال زفر رحمه الله: لا تصير محجوراً عليها، وهو القياس؛ لأن المولى إذا أذن لأُم ولده ابتداء يجوز، فكذا بقاء. وجه الاستحسان: جرت العادة بتحسين أمهات الأولاد، وأنه لا يرضى بخروجها، واختلاطها بالرجال فى المعاملة والتجارة، ودليل الحجر كصريحه كما قلنا، بخلاف ما إذا أذن لأُم ولده صريحاً؛ لأن الصريح يفوق الدلالة، فكان أولى بالأخذ به، ونظيره إذا قدم مائدة لإنسان يكون إذناً منه بالأكل، حتى حل له تناول، ثم إذا نهاه صريحاً عن الأكل لا تعتبر الدلالة. (الزيلعى)

(٣) قوله: "لا" يعنى المأذون لهما لا تصير محجوراً عليها بالتدبير؛ لأن العادة لم تجر بتحسين المدبرة، فلم يوجد دليل الحجر، فبقيت على ما كانت، إذ لا تنافى له بين حكمى التدبير والإذن؛ لأن حكم التدبير انعقاد حق الحرية فى الحال، وحقيقة الحرية فى المال، وحكم الإذن فك الحجر، وحق الحرية لا يمنع فكاك الحجر. (الزيلعى)

(٤) قال العيني: أى لا يتحجر الأمة بالتدبير، وظاهر أن الحكم مخصوص بالأمة، وقال الطحطاوى: لأن يتحجر بالتدبير ولو أثنى فعلم أن الحكم لا يختص بأمة (عز)

(٥) قوله: "وضمن" أى لو استولد المولى المأذون لها أو دبرها وعليهما دين يضمن قيمتها للغرماء لإتلافه محلّه تعلق به حقهم. (عز)

أى دين المأذون
 أقراره
 أى سيد المأذون
 أى ما فى يد المأذون
 حجره بما فى يده صح، ولم يملك^(١) سيده ما فى يده لو أحاط
 دينه بماله ورقبته، فيبطل^(٢) تحريره عبداً من كسبه، وإن^(٣) لم
 الدين بوقبته وما فى يده
 أى بيع المأذون
 فلو بأقل لم يصح
 يحط صح، ولم^(٤) يصح بيعه من سيده إلا بمثل القيمة.

(٦) أى قيمة الأمة التى استولدها وقيمة التى دبرها بعد الإذن لهما .

(٧) قوله: " وإن " أى إذا أقر المأذون بعد ما حجر عليه المولى بدين لأحد، أو بأن ما فى يده أمانة لفلان، أو غصبه منه، صح هذا الإقرار، فيقضى مما فى يده لا من رقبته؛ لأنها ليست من كسبه، بل من كسب مولاه، هذا عند الإمام خلافاً لهما، فإنهما قالوا: بعدم صحة إقراره، وهو القياس؛ لأن صحة الإقرار إنما كانت للإذن، وقد زال يده على الإكساب قد بطلت بالحجر؛ لأن يد المحجور عليه غير معتبرة، فصار كما إذا أخذه المولى من يده بعد حجره عليه قبل إقراره .
 ووجه الاستسحان أن المصحح للإقرار قبل الحجر عليه وهو اليد، ولهذا لا يصح إقراره قبل الحجر عليه فيما أخذه المولى، واليد باقية حقيقة، وشرط بطلانها بالحجر حكماً، فيراع ما فى يده من الإكساب عن حاجته، وإقراره دليل على تحققها. (عز)

(١) قوله: " لم يملك " أى وإن استغرق الدين الذى وجب على المأذون رقبته، وما فى يده من الإكساب لا يملك سيده ما فى يده من الإكساب، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله، وعندهما، وهو قول مالك والشافعى وأحمد: يملك السيد ما مع المأذون، فيملك كسبه؛ لأن ملك الرقبة سبب لملك كسبها، واستغراقاً بالدين لا يوجب خروج المأذون عن ملكه .
 ولأبى حنيفة: أن ملك المولى إنما يثبت فى العبد المأذون خلافه عند فراغه عن حاجته، كملك الوارث، والمأذون المشغول بالدين مشغول كسبه بحاجته، فلا يخلفه المولى فيه، بخلاف رقبته؛ لأن المولى لا يخلفه فى ملكهما؛ لأنه كان مالهما قبل الإذن فاستموا، فبقى ملكه بعد الدين على ما كان قبله . (عز وشرح النفاية)

(٢) قوله: " فيبطل [تفريع على ما تقدم من عدم ملك المولى كسب العبد المأذون المشغول بالدين] " أى لما يملك المولى كسب العبد المأذون المشغول بالدين، فلو أعتق السيد عبداً مما فى يد المأذون من كسبه لا يصح عند الإمام، وعندهما تصح عتقه، وبه قالت الأئمة الثلاثة، وهذا فى حق الغرماء فلهم بيعه، وأما فى حق المولى فهو حر بالإجماع، فلو أن الغرماء العبد من الدين، أو قضى المولى دينه وأنه حر. (عز)

(٣) قوله: " وإن " أى وإن لم يحط الدين برقبته، وبما فى يده جاز عتقه، وهذا بالإجماع عندهما مظاهر، وأما عنده فلا لأنه لا يعزى عن دين قليل، فلو جعل مانعاً لا يبقى الانتفاع بكسبه، فيفوت الغرض من الإذن . (الزليعى والمجمع)

(٤) قوله: " ولم يصح " أى ويصح بيعه، أى بيع هذا المأذون من سيد وبمثل القيمة أو أكثر؛ لأنه لا

وإن باع^(١) سيده منه بمثل قيمته، أو أقل صح، وبطل^(٢) ^{أى من المأذون} ^{من القيمة} ^{البيع}
 الثمن لو سلم قبل قبضه، وله^(٣) حبس المبيع^(٤) بالثمن، وصح^(٥) ^{عن المأذون} ^{المولى المبيع} ^{أى للمولى} ^{أى بسبب الثمن}

تهمة فى البيع بمثل القيمة، فيصح، ولا يصح بيعه بأقل من القيمة، ولو يسيراً لا حق الغرماء تعلق بالمالية، فليس له أن يبطل حقهم ما لو كان دينه أقل بحيث لا تحيط فجاء هو بأقل من قيمته لعدم تعلق حق الغرماء.

وفى القهستانى: وهذا عنده، وعندهما يبيع من سيده مطلقاً إلا أن السيد مخير بين إزالة الغبن وبين نقض البيع، ويبيع من أجنبى بالغبن أيسر، لا الفاحش، ويتخيل أن الصحيح أن قوله كقولهما، كما فى الكافى. (المجمع)

(١) قوله: "وإن باع" أى إذا باع مولى العبد المأذون المديون شيئاً من العبد المذكور بمثل القيمة، أو بأقل منها، بأن كانت قيمته ألفاً، فباع منه بخمس مائة، أو بألف صح لعدم التهمة. ولأن المولى أجنبى عن كسبه عنده إذا كان عليه دين، والكلام فيه؛ لأنه لا يملك كسبه، فيخرج المبيع عن ملكه فيصح، كما فى الأجنبى، وعندهما جواز البيع يعتمد الفائدة، وقد وجدت فإن المولى يستحق أخذ الثمن، والعبد المبيع، فثبت لكل واحد منهما ما لم يكن ثابتاً قبل ذلك فأفاد. (عز والزليعى)

(٢) قوله: "وبطل" أى لو سلم المولى المبيع قبل قبض الثمن بطل الثمن، فلا يطالب العبد بشيء؛ لأنه بتسليمه المبيع سقط حقه فى المجلس، ولا يجب له على عبده دين، فخرج مجاناً، بخلاف ما إذا كان الثمن حر ضمنياً حيث يكون المولى أحق به من الغرماء؛ لأنه تعين بالعقدة، فملكه به عنده، وعندهما تعلق حقه بعينه، فكان أحق به من الغرماء، إذ هو ليس بدين يجب فى ذمة العبد، ويجوز أن يكون عين ملكه فى يد عبده، وهو أحق به من الغرماء، كما لو غصب العبد شيئاً من ماله، أو أودع ماله عند عبده، أو قبض المبيع بغير إذن المولى، بخلاف ما إذا باع العبد من سيده تسلم إليه المبيع قبل قبض الثمن لا يسقط الثمن؛ لأنه لا يجوز أن يثبت للعبد المأذون له المديون دين على مولاه، ألا ترى أنه لو استهلك المولى شيئاً من إكساب عبده المديون ضمن للعبد (ز)

(٣) قوله: "وله" أى للمولى حبس المبيع حتى يستوفى الثمن من العبد؛ لأن المبيع لا يزيل ملك السيد ما لم يصل إليه الثمن، فينبغى ملك السيد للمولى على ما كان عليه حتى يستوفى الثمن، ولهذا كان أخص به من سائر الغرماء، بخلاف ما إذا سلم المولى المبيع أولاً، حيث يسقط دينه لذهاب تعلق حقه بالعين، فيصير الثمن ديناً مطلقاً فيسقط. (الزليعى بحذف)

(٤) هذا إذا كان المأذون مديوناً، وإلا لم يجز بينهما بيع.

(٥) قوله: "وصح" أى جاز إعتاق المولى عبده المأذون له المستغرق بالدين، وهذا بالإجماع لقيام ملكه فيه، وإنما الخلاف فى إكسابه بعد الاستغراق بالدين. (الزليعى)

المولى. أى قيمة العبد أى لأصحاب المديون العبد المأذون من الدين
إعتاقه، وضمن^(١) قيمته لغرماءه، وطولب^(٢) ما بقى

أى سيد المأذون
بعد^(٣) عتقه، فإن باعه سيده وغيبه المشتري^(٤)، ضمن
لأن البائع متعدّ بيعه وتسليمه إلى المشتري أى على البائع أى بسبب عيب البائع وهو المولى
الغرماء البائع قيمته، فإن رد^(٥) عليه بعيب، رجع بقيمته،

(١) قوله: "وضمن" يعنى المولى، فيضمن قيمة المعتق لغرماءه؛ لأنه ألتف ما تعلق به حقهم بيعاً لاستيفاء من ثمنه، ولا وجه لرد العتق؛ لأنه لا يقبل الفسخ، فأوجب الضمان دفعاً لضرر الغرماء، بخلاف ما إذا كان المأذون له مدبراً، أو أم ولد حيث لا يجب الضمان بإعتاقهما؛ لأن حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاءً بالبيع، فلم يكن المولى متلفاً حقهم، فلم يضمن شيئاً، فلو قال: ولو قتلنا لكان أولى، وإن كان الدين أقل من القيمة ضمن قدر الدين الغير، وإن كان الدين أكثر من القيمة، ضمن قيمته بالغة ما بلغت، لتعلق حقهم بماليته، كما إذا أعتق الراهن المرهون. (التكملة)

(٢) قوله: "وطولب" أى لغرماءه لطالبوه بعد الحرية إن بقى من دينهم شيء، ولم تف به القيمة؛ لأن الدين مستقر فى ذمته لوجود سببه، وعدم ما يسقطه، والمولى لا يلزمه إلا قدر ما ألتف، فبقى الباقي عليه، لما كان، فيرجع به عليه، ولهذا كان لهم أن يتبعوا العبد بالكل، ويبرؤا المولى عنه؛ لأن دينهم عليه، وإذا اختاروا اتباع أحدهما، لا يبرأ الآخر، كالكفيل مع المكفول عنه. (الزيلعى)

(٣) قوله: "بعد عتقه" قيل لا حاجة إلى قوله بعد عتقه؛ لأن وضع المسألة فى الإعتاق، ويمكن أن يقال: إن التقييد ليس للاحتراز، بل للإشارة إلى تعليل المسألة، أى يطالب بالباقي حالاً إن لم تف القيمة؛ لأنه معتق عند عدم وفاءها؛ لأن التضمنين بالقيمة بعد عتقه، بخلاف ما إذا بيع للغرماء، فإن الباقي يتأخر إلى أن يعتق. (الكشف)

(٤) أى جعل المشتري بعد قبضه غائبه.

(٥) قوله: "فإن رد" أى إذا رد المشتري العبد على البائع بالعيب بعد ما ضمنه الغرماء قيمته، رجع المولى بقيمته على الغرماء، وكان حق الغرماء فى العبد؛ لأن سبب الضمان قد زال، وهو البيع والتسليم، فصار كالغاصب إذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب، كان له أن يرد المغصوب على المالك، ويرجع عليه بالقيمة التى دفعها إذا رد عليه قبل القبض مطلقاً، أو بعده للقضاء؛ لأنه فتح من كل وجه.

وكذا إذا رد عليه بخيار الرؤية أو الشرط، وإن رده بالعيب بعد القبض بغير قضاء، فلا سبيل للغرماء على العبد، ولا مولى على القيمة؛ لأن الرد بالتراضى إقالة، وهى بيع فى حق غيرهما، وإن فضل من دينهم شيء حتى رجعوا به على العبد بعد الحرية - قال رحمه الله - أو مشتريه، أى أو ضمنوا مشتريه، وهو معطوف على البائع، فتقديره: فإن باعه سيده وغيبه المشتري، ضمن الغرماء البائع، وهو المولى قيمة، أو ضمنوا مشتري العبد قيمته؛ لأن كل واحد منهما متعد فى حق الغرماء، البائع بما ذكرنا، والمشتري بالشراء والقبض والتغيب.

أى أو ضمن الغرماء مشتريه أى الغرماء
 وحق الغرماء فى العبد، أو^(١) مشتريه، أو أجازوا البيع وأخذوا
 الثمن، فإن باع سيده وأعلم بالدين، فللغرماء^(٢) ردُّ البيع، فإن
 غاب^(٣) البائع، فالمشتري ليس بخصم لهم.

قال رحمه الله: أو أجازوا البيع، وأخذوا الثمن، أى الغرماء إن شاءوا أجازوا البيع، وأخذوا ثمن العبد، ولا يضمنوا أحدا القيمة؛ لأن الحق لهم، والإجازة اللاحقة كالإذن السابق، كما إذا باع الراهن الرهن. ثم أجاز المرتهن البيع، بخلاف ما إذا كفل عن غيره بغير أمره، ثم أجاز؛ لأنها وقعت غير موجبه للرجوع، ولم يتوقف نفاذ الكفالة، ولزومها على الإجازة بل نفذت على الكفيل غير موجبة للرجوع فلا تنقلب موجبة له، ولا كذلك ما نحن فيه.

فحاصله أن الغرماء مخيرون بين ثلاثة أشياء، وإجازة البيع، وتضمن أيهما شاذًا، ثم إن ضمنوا المشتري رجع المشتري بالثمن على البائع؛ لأن أخذ القيمة منه كأخذ العين، وإن ضمنوا البائع، سلم المبيع للمشتري، وتم البيع لزوال المانع، وأيهما اختاروا تضمينه برئ الآخر، حتى لا يرجعوا عليه، وإن تويت القيمة عند الذى اختاروه؛ لأن الخير بين شيئين إذا اختار أحدهما تعين حقه فيه، وليس له أن يختار الآخر. (الزيلعى)

(١) عطف على البائع.

(٢) قوله: "فـللغرماء" أى إذا باع العبد المأذون مولاه خير المشتري بأن هذا العبد مديون، فللغرماء أن يردوا البيع، لما أن حقهم تعلق به، وهو الاستسعاء أو لاستيفاء من رقبته فى كل فائدة، فإن الأول تام مؤخر، والثانى ناقص معجل، والبيع فوت هذه الخيرة وهم أن يرضوا بالبيع، فليس لهم الرد، وأطلق البيع، فشمّل ما إذا كان بثمن قليل أو كثير، وهو مقيد بثمن لا يوفى ديونهم، وإلا وإلا فليس لهم الرد، وقيد بإعلامه بالدين ليقع البيع لازماً بين البائع والمشتري؛ لأن الدين عيب يوجب الرد، ولتكون المسألة اتفافية، فإنه إذا أعلم، يجب عليه الإقرار بالدين، فلهم الرد بالاتفاق حين إذا إقرار. (عز)

(٣) قوله: "وإن غاب [بعد بيع المولى المأذون وقبض المشتري]" أى لو باع المولى عبده المدين، وقبضه المشتري، ثم غاب البائع، لا يكون المشتري خصماً للغرماء إذا أنكر المشتري الدين، وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يكون المشتري خصماً، ويقضى لهم بدنيهم، وعلى هذا الخلاف إذا اشترى وأراد وهبها، وسلمها إليه، ثم غاب المشتري الواهب، ثم حضر الشفيع، فإن الموهوب لا يكون خصماً عندهما، خلافاً له، هو يقول: إن ذا اليد مدعى الملك لنفسه فى اليمين، فيكون خصماً لكل من ينازعه فيها.

ولهما أن الدعوى تتضمن فسخ العقد، وقد قام بهما، فيكون الفسخ قضاءً على الغائب، وإن أقر بالدين، فلهم الرد بالاتفاق. (الزيلعى بحذف)

من الأمصار

ومن قدم مصرا، وقال: أنا عبد زيد، فاشترى وباع لزمه^(١)

لدين إذا لم يفي كسبه

كل شيء من التجارة، ولا يباع، حتى يحضر سيده، فإن

أى الصبي أو المعتوه المذكوران

أى بأنه أذن له أى وإن لم يقر بإذنه لا يباع

حضر^(٢)، وأقر بإذنه بيع، وإلا لا، وإن^(٣) أذن للصبي والمعتوه

(١) قوله: "لزمه" أى يقبل قوله فى الإذن فى حق كسبه، حتى يقضى دينه من كسبه، والمسألة على وجهين: أحدهما: أن يخبر أن مولاه أذن له، فيصدق استحساناً عدلاً كان أو غير عدل، والقياس أن لا يصدق إلا بحجة؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «البينة على المدعى».

وكذا القياس أن تشترط العدالة فى الخبر؛ لأن جانب المصدق بها يترجح، ووجه الاستحسان أن الناس تعاملوه من غير اشتراط شيء من ذلك، وإجماع المسلمين حجة يخص به الأثر، ويترك به القياس، ولأن فى ذلك ضرورة وبلوى، فإن الإذن لا بد منه لصحة تصرفه، وإقامة الحجة عند كل عقد غير ممكن، وما ضاق على أناس أمره اتسع حكمه، وما عمت بلية سقطت قضية.

والثانى: أن يبيع ويشترى، ولا يخبر بشيء منه، فالقياس فيه أن لا يثبت الإذن؛ لأن السكوت محتمل، وفى الاستحسان يثبت؛ لأن الظاهر أنه مأذون له؛ لأن عقله ودينه يمنعه عن ارتكاب الحرام، فوجب حمله عليه لوجوب حمل أمور المسلمين على الصلاح ما أمكن، فالعمل بالدليل الظاهر هو الأصل فى المعاملات دفعاً للضرر عن العباد، فلا يشترط فيه الإخبار أنه مأذون له، بل يكتفى بظاهر حاله، فإذا ثبت أنه مأذون له بظاهر حاله، صحت تصرفاته، حتى يظهر خلاف ذلك، ولزمته الديون، فيستوفى من كسبه،

وإن يف الكسب بالدين لا تباع رقبته؛ لأن ملك المولى فى الرقبة ثابت، فلا يصدق إقراره على مولاه، ولا يلزم من وجوب الدين عليه أن يباع به، ألا ترى أن المدبر وأم الولد لا يباعان بالدين، بخلاف الكسب؛ لأن المولى لا يملكه ما دام مشغولاً بحاجته العبد، وإنما يخلفه فى الفاضل عن حاجته. (الزيلعى بحذف)

(٢) قوله: "فإن حضر" يعنى إذا المولى وأقر بإذنه بيع فالدين حقه بإقراره، وإن قال: هو محجور عليه، كان القول قوله: لتمسكه بالظاهر، إلا إذا ثبت الغرماء الإذن منه بالبينة؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت عياناً، إذ مبنية كاسمها. (التكملة)

(٣) قوله: "وإن" قال الإقناني: لما فرغ من بيان إذن العبد، شرع فى بيان إذن الصبي الذى يعقل والمعتوه، وقدم الأول لكثرة الاحتياج بكثرة وقوعه.

ولأن إذن العبد صحيح اتفاقاً، بخلاف إذن الصبي، فإن فيه خلاف الشافعى، والأصل عدم الخلاف، فقدم الجمع لكونه أصلاً. (الشلبى)

الذى يعقل البيع والشراء وليه^(١)، فهو فى الشراء والبيع،
كالعبد^(٢) المأذون.

(١) وهو أبوه، ثم وصيه، ثم جده، ثم وصيه، ثم الولي، أو القاضى، أو وصيه.

(٢) قوله: "كالعبد" يعنى فى جميع ما ذكرنا من الأحكام من أنه لا يتقيد بنوع من التجارة دون نوع، ويكون مأذوناً له بسكوت الولي حين ما يراه يبيع ويشترى، ويصح إقراره بما فى يده من كسبه، ويجوز بيعه بالغبن الفاحش عنده، خلافاً لهما إلى غير ذلك من الأحكام التى ذكرناها فى العبد. والمراد بكونه يعقل البيع أن يعلم أن البيع سالب للملك، والشراء جالب له، وأن يقصد به الربح، ويعرف الغبن اليسير من الفاحش.

وقال مالك والشافعى وأحمد: لا ينفذ تصرفه بإذن وليه لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ الآية، وقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ حيث شرط البلوغ والرشد للدفع إليهم فى هذه الآية، ونهى عن الدفع إلى السفهاء فى الأولى، والصبي سفیه وليس ببالغ، والبالغ المعتوه ليس برشيد.

ولنا قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾ أمر بالابتلاء وهو الامتحان والاختبار، وذلك الإذن فى التجارة. (شرح النقاية وتمامه فى "التبيين")

كتاب^(١) الغضب^(٢)

هو^(٣) إزالة اليد المحقة بإثبات اليد المبطلّة، فالاستخدام^(٤)

(١) قوله: "كتاب" قال الإتقاني: وجه المناسبة بين الكتابين عندى يتصرف فى الشئ بالإذن الشرعى، والغاصب يتصرف فيه لا بإذن شرعى، فكان مناسبة المقابلة إلا أنه قدم كتاب المأذون؛ لأنه مشروع والغضب ليس بمشروع، ويجوز أن يقال: إقرار المأذون يصح بالغضب والاستهلاك، كما يصح بما هو من التجارة، فجر الكلام إلى ذكر الغضب عقيب الإذن، فذكره يبين فيه أحكامه... اهـ. والغضب على ضربين: أحدهما: ما يتعلق بالمائم، وهو ما وقع على العلم، والثانى: لا يتعلق به المائم، وهو ما وقع على الجهل، كمن أتلف مال غيره وهو يظن أنه له، والضمان يتعلق بهما جميعاً؛ لأن أسباب الضمان يجوز أن يتفق فيها ما يتعلق به المائم، وما لا يتعلق به المائم، وأما المائم فلا يحصل إلا مع القصد، لقوله عليه الصلاة والسلام: رُفِعَ عن أمتى الخطأ والنسيان، معناه رفع مآثم الخطأ. (الشلبى)

(٢) هو لغة: أخذ الشئ ظلماً أو قهراً، ما لا كان أو غيره، وقد سمي المغضوب غصباً، تسمية للمفعول بالمصدر، وشرعاً: ما بينه الشيخ.

(٣) قوله: "إزالة" أى بفعل فى العين، كما ذكره ابن الكمال ليخرج الجلوس على البساط، فإن الإزالة موجودة فيه، لكن لا بفعل فى العين. (الطحطاوى) وزاد فى "التكملة": عبارة المتن بأنه إزالة اليد المحقة بإثبات اليد المبطلّة فى مال المنقود المحترم قابل للنقل، ثم إزالة اليد المحقة أخرج زوائد المغضوب، فإنها غير مضمونة؛ لأنه ليس فيها إزالة. وكذا لو غصب دابة فتبععتها أخرى، أو ولدها، لا يضمن، لعدم الإزالة، وقوله: فى مال شمال المال المتقوم، وغير المتقوم، ويقول: متقوم، أخرج الخمر والخنزير إذا كان لمسلم، فإنه لا يكون غاصباً. ويقول: محترم أخرج مال الحربى، فإنه غير محترم، وقوله: قابل للنقل أخرج العقار، ولا يخفى أن هذا التعريف غير جامع ولا مانع، أما كونه غير جامع، فإنه لا يشمل ما إذا قتل إنسان إنساناً فى معاركة، وترك ولم يأخذه، فإنه يكون غاصباً إذ لم تزل يد المالك، ولم تثبت يده. وكذا لا يشمل ما إذا غصبها من يد المستأجر أو المستعير، أو المرتن أو المودع، أو غصب مال الوقف مع أنه لم تزل اليد المحقة، وأما كونه غير مانع، فإنه يصدق على السرقة، فيزاد فى التعريف على سبيل المجاهرة.

(٤) قوله: "فالاستخدام" أى فاستخدام العبد، أى عبد الغير بغير إذنه، وحمل الدابة، أى دابة الغير بغير إذنه غصب لوجود إزالة اليد المحقة، وإثبات اليد المبطلّة فيهما لا الجلوس على البسط؛ لأن

أى تحصيل أى ليس بعصب على الغاصب
 وحمل الدابة غصب لا الجلوس على البساط، ويجب^(١) رد
 عينه^(٢) فى مكان^(٣) غصبه^(٤)، ومثله^(٥) إن هلك وهو مثلى^(٦)،
 أى انقطع أى فالواجب قيمته كالحبوان والعديد المتفاوت والمذروع
 وإن انصرم^(٧) المثل فقيمه يوم الخصومة، وما^(٨) لا مثل له،

الجلوس عليه ليس بتصرف فيه، إذا بسط فعل المالك، وقد بقى أثر فعله فى الاستعمال، فلم يكن أخذ،
 وعند الأئمة الثلاثة الجلوس أيضاً غصب. (المجمع)

(١) قوله: "يجب" لقوله عليه الصلاة والسلام: «على اليد ما أخذت حتى ترد» الحديث،
 أخرجه أصحاب السنن الأربعة بلفظ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى».
 ولأن اليد حق مقصود، وقد فوتها فيجب إعادتها، وهو الموجب الأصلي على ما قالوا، ورد القيمة
 مخلص خلفاً؛ لأنه قاصر، إذ الكمال فى رد العين والمالية، وقبل الموجب الأصلي القيمة، ورد العين
 مخلص. (الكشف)

(٢) أى المغصوب إلى المالك إن كان قائماً.

(٣) بالإضافة، أى غصاب العين ويجوز بقطعها، أى الواجب رد عينه فى مكان قد غصبه فيه.

(٤) لتفاوت القيم بتفاوت الأماكن.

(٥) قوله: "أو مثله" أى يجب عليه مثل المغصوب إن كان مثلياً، وهلك عنده، فقال تعالى:
 ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ...﴾ إلخ، ولأن المثل أعد لما فيه من مراعاة المالية والجنس، فكان أدفع للضرر،
 وتسميته فى الآية اعتداء لجاز للمقابلة، كقوله تعالى: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾، وإنما سمي بها
 مجازاً، كذا هنا الثانى ليس باعتداء. (الزيلعى والكشف)

(٦) المراد بالمثل المكيل والموزون والعديد المقارب مثله، كالجوز والبيض حتى يضمن مثله
 عدداً.

(٧) قوله: "وإن انصرم" أى إن انقطع المثل عن أيدي الناس يجب على الغاصب قيمته، وتعتبر
 قيمته يوم الخصومة، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف رحمه الله يوم الغصب، وقال
 محمد رحمه الله: يوم الانقطاع لأن المثل هو الواجب بغصب ذات المثل، فلا ينتقل إلى القيمة إلا بالعجز
 عنه، والعجز عنه يحصل بالانقطاع فتعتبر قيمته يومئذ، وهذا لأن المثل أعد على ما بينا، فلا يصار إلى
 القيمة مع القدرة عليه لقصورها، فلا تجب قبل انقطاع المثل للقدرة عليه؛ لأنها خلف عنه، ولا يبقى
 وجوب المثل بعد انقطاعه للعجز عنه، فتعين اعتبار قيمته يوم الانقطاع.

ولأبى يوسف رحمه الله أن المثل إذا انقطع التحق بذوات القيم، وفيها نعتبر القيمة يوم الغصب،
 فكذا فيما التحق بها، وهذا لأن القيمة خلف عن المثل، حتى لا يصار إليها إلا عند العجز، والخلف
 يجب بما يجب به الأصل، فوجب القول بوجوبها بالغصب كالمثل، وكالقيمة فى غير المثل، ولأبى

أى فالواجب قيمته الغاصب أى هلاك المغصوب

فقيمته يوم غصبه، فإن ادعى^(١) هلاكه حبسه الحاكم حتى

يعلم أنه لو بقى لأظهره، ثم قضى عليه ببدله، والغصب^(٢) فيما

حنيئة أن المثل هو الواجب بالغصب، وهو باقٍ في ذمته ما لم يقض القاضي بالقيمة، ولهذا لو صبر إلى أن يعود المثل كان ذلك إنما ينتقل في القيمة بالقضاء حتى لا يعود إلى المثل لوجوده بعد ذلك، فتعتبر قيمة وقت الانتقال، وحد الانتقاع أن لا يوجد في السوق الذي يباع فيه، وإن كان يوجد في البيوت. (الزيلعي)

(٨) قوله: "وما" أى ما لا يضمن بالمثل تعتبر قيمته يوم غصبه، وزاد بالإجماع؛ لأنه تعذر اعتبار المثل صورة ومعنى، وهو الكامل، فيجب اعتبار المثل حتى، وهو القيمة لأنها تقوم مقامه، ويحصل بها مثله، واسماً ينبئ عنه، وقال مالك: يضمن مثل صورة؛ لما تولنا.

قلنا: الآية لا تنافي ما قلنا؛ لأن المذكور فيها المثل، وهو موجود في القيمة من حيث المالية على ما بينا، فكانت الآية شاهدة لها، وهذا المثل هو المتعارف بين الناس، لا المثل صورة بلا معنى. (الزيلعي بحذف وتصرف)

(١) قوله: "فإن ادعى" أى فإن ادعى الغاصب هلاك المغصوب حبس ذلك الغاصب إذا لم يرض المالك بالقيمة، فإنه مقر بالغصب، فإذا أنكر أقام عليه بينة، والصحيح أنه تقبل البينة في حق الحبس حتى يعلم، وبطن بمضى مدة موكولة إلى رأى القاضي أن المغصوب لو كان باقياً لما ظهره، ثم يقضى الحاكم على الغاصب ببدل المغصوب، أى بالمثل في المثلى، وبالقيمة في القيمة؛ لأن الواجب رد العين، والهلاك عارض، فهو يدعى عارضاً، خلاف الظاهر، فلا يقبل قوله. (المجمع بتصريف والكشف)

(٢) قوله: "والغصب" أى والغصب لا يتحقق لا في ما ينقل فظهر أن الغصب لا يتحقق في العقار، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله، وقال محمد: في العقار له غصب، ويضمن بالهلاك في بدله أخذه قهراً عن مالكه، وهو قول أبى يوسف رحمه الله، وبه قال مالك والشافعي؛ لأن ذلك سبباً للضمان، كما في المنقول.

ولأبى حنيفة رحمه الله أن الغصب إزالة العبد المحقة بإثبات اليد المبطله؛ لأن الواجب ضمان جبر يعتمد التفويت، وإزالة يد المالك إنما يكون بالنقل والتحويل، وإذا لا يتصور في العقار، وإنما يتصور فيه منع المالك عنه، ومنع المالك كصور لا في المحل، وصار كما لو بعد المالك عن مواشيه حتى تلف بذلك. وأما قوله ﷺ: «من غصب شبراً من أرض طوّقه الله تعالى يوم القيامة من سبع أرضين»، فلا يدل على أنه يتحقق في الغصب الموجب للضمان، كالطلاق بلفظ البيع على بيع الحر في حديث: من باع حراً.

قال ابن الأثير: طوّقه من سبع أرضين، أى يخسف الله به الأرض، فتصير البقعة المغصوبة منها في عنقه كالطوق، ويؤيده أنه في رواية البخاري خسف به سبع أرضين، وفي مسند ابن أبى شيبة من غصب شبراً من أرض جارتها أسطاماً في عنقه، والاسطام كالحلق من الحديد.

يُنْقَلُ، فَإِنْ غَصَبَ^(١) عَقَارًا، وَهَلَكَ فِي يَدِهِ لَمْ يَضْمَنْهُ^(٢)، وَمَا
أَعَذَ فِي الْأَرْضِ الْمَغْصُوبَةِ بِالْإِجْمَاعِ
نَقْصَ بِسُكْنَاهُ^(٣) وَزَرَاعَتَهُ ضَمْنَ^(٤) النِّقْصَانِ، كَمَا فِي النِّقْلِ،

وَإِنْ اسْتَغْلَهُ^(٥) تَصَدَّقَ بِالْغَلَّةِ، كَمَا لَوْ تَصَرَّفَ فِي الْمَغْصُوبِ
الْغَاصِبِ الْعَيْنِ الْمَغْصُوبَةِ ظَرْفَ لَدَمِ الْخَلِّ
وَالْوَدِيعَةِ وَرِبْحٍ، وَمَلِكٌ^(٦) بَلَا حُلٍ^(٧) انْتِفَاعٍ قَبْلَ آدَاءِ الضَّمَانِ

وقيل: هو أن يطوق حملها يوم القيامة، أي يكلفه، فيكون من طوق التكليف لا من طوق التقليد هذا، والحديث المذكور هو حجتنا في ذلك، فإنه بَيِّنُ جزاء غاصب العقار الوعيد في العقبي، والمرتبة الضمان في الدنيا، فكذلك دليل على أن المذكور جميع أجزائه، ولو كان الضمان واجباً لكان الأولى أن يبينه؛ لأن الحاجة إليه أمس. (شرح النقاية بزيادة)

(١) أراد الغصب اللغوي، إذ الغصب الشرعي لا يتحقق في العقار.

(٢) لما تقدم من أن الغصب فيما ينقل، خلافاً لمحمد، وبقوله: يفتى في الوقف.

(٣) أي بسكنى الغاصب في الدار المغصوبة.

(٤) لأنه إتلاف والعقار يضمن به، كما إذا نقل ترابه؛ لأنه فعل في العين. (الكشف)

(٥) قوله: "وإن استغله" أي إن استغل المغصوب بأن كان عبداً مثلاً، فأبره منقصه بالاستغلال، وضمن النقصان تصدق الغاصب بالعلّة، كما يتصدق بالربح فيما إذا تصرف في المغصوب، أو ديته بأن باعه وربح فيه، أما الأول وهو الاستغلال، فالمذكور هنا قوله، وعند أبي يوسف رحمه الله لا يتصدق به؛ لأنه حصل في ضمانه، وهنا ظاهر، وفي ملكه؛ لأن المضمونات تملك بأداء الضمان مستنداً. ولهما أنه حصل بسبب خبيث، وهو التصرف في ملك الغير، وما هذا حاله فسبيله التصديق، والملك المستند ناقص، فلا ينعدم به الخبث.

وأما الثاني: وهو ما إذا تصرف في المغصوب، أو ودّيعه، فهو على وجوه: إما أن يكون مما يتعين بالتعين كالعروض، أو لا يتعين، كالنقدين، فإن كان مما يتعين لا يحل له التناول منه قبل ضمان القيمة، وبعده يحل إلا ما زاد على هذا القيمة، وهو الربح المذكور هنا، فإنه لا يطيب له، وتصديق به؛ لأن العقد يتعلق فيما يتعين حتى يفسخ العقد بالهلاك قبل القبض، فتمكن الخبث فيه، وإن كان مما لا يتعين، فقد قال الكرخي: إنه على أربعة، أو ربوالة أشار إليه، ونقد منه، أو أشار إليه، ونقد من غيره، أو أطلق إطلاقاً، ونقد منه، أو أشار إلى غيره، ونقد منه، وفي كل ذلك يطيب له إلا في الوجه الأول، وهو ما إذا أشار، ونقد منه؛ لأن الإشارة لا تفيد التعين، فيستوى وجودها وعدمها إلا إذا تأكد بالنقد منها. (الزيلعي بحذف والكشف)

(٦) قوله: "وملك" لأنه لو لم يملكه بذلك المحققة ضرر، وكان ظلمًا، والظالم لا يظلم، بل يصف. ثم الظابة فيه أنه متى تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها، ومعظم منافعتها

بشيء^(١) وطبخ^(٢) وطحن وزرع^(٣)، واتخاذ سيف، أو إناء^(٤)

أى الذهب والفضة بالجرح عطف على قوله: وإناء

بغير^(٥) الحجرين، وبناء^(٦) على ساجدة.

مغصوباً أى خرقاً فاحشاً أى قيمة الشاة، أو قيمة الثوب رجل نحوها مما يؤكل

ولو^(٧) ذبح شاة، أو خرق ثوباً فاحشاً، ضمن القيمة،

إذا اختلطت بملك الغاصب بحيث لا يمكن تمييزها أصلاً، أو إما يحرص زال ملك المغصوب منه عنها، وملكها الغاصب، وضمنها، ولا يحل الانتفاع بها حتى يؤدى بدلها، وما ذكر من شيء اللحم، وطبخه وطبخ الحنطة، أو طحنه وزرعها، واتخاذ الحديد سيفاً، أو إناء واتخاذ غيره مثل الصفر إناء، والبناء على الساجدة بهذه المثابة، فيملكها الغاصب إلا الذهب والفضة، فإنه لا يملكها باتخاذها أو أنى، أو بضربه دنائير أو دراهم عند أبى حنيفة رحمه الله، وهى المراد بقوله: غير الحجرين. (الزبيلى)

(٧) قال زفر: يحل له الانتفاع، وهو رواية عن أبى حنيفة.

(١) بأن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها.

(٢) بأن غصب حنطة وطبخها.

(٣) كأن غصب الحنطة مثلاً وزرعها.

(٤) قوله: "أو إناء" لأنه أحدث صنعة متقومة، فيصير حق المالك هالكاً من وجه، ألا ترى أنه تبدل الاسم، وخلاف معظم المقاصد، وحقه فى الصبغة قائم من كل وجه، فيترجع على الأصل الذى هو فائت من وجه، بخلاف صبغ الثوب أحمر مثلاً حيث، وجدت الصبغة مع أن حق المالك باقٍ؛ لأن الثوب ليس بهالك لبقاء اسمه، وأعظم مقاصده. (الكشف وحاشيته)

(٥) قوله: "بغير" فلو ضربها دراهم، أو دنائير، أو أنية لم يزل ملك مالكهما عند أبى حنيفة، فللمالك أن يأخذ، ولا يعطيه شيئاً عند الإمام، وقال: يزول إلى الغاصب، وله أن الاسم باقٍ، وكذا معناه الأصلى، وهو الثمنية، وكونه موزناً حتى يجرى فيه الربا باعتباره، وكذا الصنعة فيها غير متقومة مطلقاً؛ لأنه لا قيمة لهما عند المقابلة بجنسها. (الكشف وحاشيته)

(٦) قوله: "وبناء" أى وملك الغاصب أيضاً به بناء على ساجدة - بالجيم - وهو مفرد ساج، وهو شجر عظيم صلب قوى ينبت فى بلاد الهند، وهى من أعز الأشجار يستعمل فى أبواب الدور وبناءها وأساسها، خلافاً للشافعى.

ولنا ما قدمناه من أنه أحدث صنعة متقومة... إلخ، ولأن فى نقص بناء الغاصب إضراراً به بلا خلف، وضرر المالك مجبور بالقيمة. (الكشف بتغيير)

(٧) قوله: "ولو" ههنا مسألتان حكمهما واحد: الأولى: أنه ذبح رجل شاة لآخر بغير إذن مالكاها، أو خرق ثوباً بغيره خرقاً فاحشاً، فهو مخير بين أن يضمن قيمة الشاة المغصوبة المذبوحة، أو الثوب الذى خرقة ويسلم المغصوب إلى الغاصب الذابح، أو الخارق وبين أن يضمن الغاصب النقصان، وأخذ المالك والمغصوب المذبوح، أو الثوب الذى خرق من الغاصب.

وسلم المغصوب إليه، أو ضمن النقصان، وفي^(١)
 وهو ما لا يفوت به شيء من المنفعة الخارق وأخذ المسك والثوب رجل
 الخرق اليسير ضمن نقصانه، ولو غرس^(٢) أو بنى في
 أي العرس والبناء. الأرض للمد صاحبها مالك الأرض للغاصب
 أرض الغير قلعا وردت، وإن^(٣) نقصت الأرض بالقلع ضمن

وكذا إذا قطع يد الشاة أو رجلها، وإنما يخير لأن هذه الأشياء إتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الأغراض من الحمل، وعدد النسل، وفوات بعض المنفعة من الثوب، فيخير بين تضمين جميع قيمته تركه له، وبين تتعين نقصانه، وأخذه والخرق الفاحش ما فوت بعض العين، وبعض نفعه لا كله، فلو كله ضمن كلها هنذا هو الصحيح، وقيل: الفاحش ما يوجب النقصان رفع القيمة عما دونه يسير، وقيل: ما يتقص به نصف القيمة لاستواء الهالك والقائم، وقيل يرجع إلى عرف الخياطين. (عز)

(١) قوله: "وفي" أي وفي خرق يسير نقصه، أي نقص الخرق الثوب والجملة صفة يسير، ولم يفوت شيئاً من النفع تضمن الخارق نقصان، يعني مع أخذ عينه، وليس له غير ذلك؛ لأن العين قائمة من كل وجه، وإنما دخله عيب، فنقص ذلك، فكان له أن يضمه النقصان. (المجمع)

(٢) قوله: "ولو غرس" أي ومن بنى في أرض غيره أو غرس فيها أمر بالقلع، والرد أي بقطع البناء والغرس، ورد للأرض لقوله ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق»، رواه أبو داود والترمذي والنسائي، وصححه في "المغرب" بتووين عرق، أي لدى عرق ظالم، وهو الذي يغرس في الأرض غرساً على وجه الاغتصاب، ووصف العرق بالظلم الذي هو صفة صاحبه مجاز.
 قال الأكمل: وقد روى بالإضافة، أي ليس لعرق غاصبه ثبوت، بل يؤمر بقلعه، وفي الصحاح العرق الظالم أن يجيء الرجل إلى أرض قد أحيها غيره، فيغرس فيها، أو يزرع يستوجب به الأرض. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "وإن" أي إذا كانت الأرض تنتقض بالقلع كان لصاحب الأرض أن يضم الغاصب قيمة البناء، أو الغرس مقلوعاً، ويكونان له؛ لأن فيه دفع الضرر عنهما، فتعين فيه أنظر لهما، وإنما يضمّن له قيمته مقلوعاً لأنه مستحق القلع، وليس له أن يستديم فيها، فتعتبر قيمته في ذلك الوقت مقلوعاً.

وكيفية معرفتهما أن تقوم الأرض وبها بناء، أو هجر استحق قلعه، أي أمر بقلعه، وتقوم وحدها ليس فيها بناء ولا غرس، فيضمن فضل ما بينهما، كذا قالوا، وهذا ليس بضممان بقيمته مقلوعاً، بل هو ضمان لقيمته قائماً مستحق القلع، وإنما يكون ضماناً لقيمته مقلوعاً أن لو قوم البناء والغرس مقلوعاً موضوعاً في الأرض بأن يقدر الغرس حصاد، والبناء أجراً، أو البناء، أو حجارة مكوّمة على الأرض، فيقوم وحده من غير أن يضم إلى الأرض، فيضمن له قيمة الحطبة والحجارة المكوّمة دون المبنية. (الزيلعي)

مالك الأرض للغاصب أى لصاحب الأرض
 له البناء والغرس مقلوعاً^(١)، فيكون له، وإن صبغ^(٢) أو لت^(٣)
 الذى غصبه أى الغاصب
 السوق بسمن ضمنه قيمة ثوب أبيض ومثل السوق، أو
 المالك أى المالك الغاصب فى الثوب فى السوق
 أخذهما، وغرم ما زاد الصبغ والسمن.

فصل^(٤)

لو^(٥) غيب المغصوب وضمن قيمته ملكه، والقول^(٦) فى

(١) حال من كل واحد من البناء والغرس .

(٢) قوله : " وإن صبغ " يعنى إذ غصب ثوباً لضيفه ، أو سويقاً فله بسمن ، فالمالك بالخيار ، إن شاء ضمنه قيمته ثوبه أبيض ، ومثل السوق وإنشاء أخذ الصبوغ والملتوت ، وغرم ما زاد الصبغ والسمن .

وقال الشافعى رحمه الله : فى الثوب يؤمر الغاصب بقطع الصبغ بالغسل بقدر الإمكان ، وتسليمه لصاحبه ، وإن انتقص قيمة الثوب بذلك ، فعليه ضمان النقصان ؛ لأن الغاصب متعدي ، فلم يكن لفعله عبرة ، والتمييز ممكن ، فصار كطير الغرس والبناء فى الأرض ، بخلاف السمن فى السوق لتعذر التمييز .

ولنا أن الصبغ مال متقوم للغاصب ، وبجنايته لا يسقط تقوم ماله ، فيجب صيانة حقهما ما أمكن ، كان صاحب الثوب أولى بالتغيير ؛ لأن صاحب أصل ، والآخر صاحب وصف ، وهو قائم بالأصل ، وكذا السوق أصل والسمن تبع ، ألا تراهم يقولون : سوق ملتوت ، فيخير صاحبه لتعذر التمييز ، بخلاف البناء والغرس ؛ لأن التمييز ممكن فيه بالنقص ، وله وجود بعد النقص ، فأمكن إيصال حق كل واحد منهما إليه وللصنيع يتلاشى بالغسل ، فلا يمكن إيصاله إلى صاحبه . (الزيعلى)

(٣) أى إذا خلط الغاصب .

(٤) فى بيان مسائل تتصل بمسائل الغصب .

(٥) قوله : " لو " أى إن جعل الغاصب المغصوب غائباً ، وضمن قيمته للمالك ملكه ، أى الغاصب المغصوب إن كان قابلاً للنقل من ملك إلى ملك خلافاً للشافعى ؛ لأن الغصب عدوان محض ، فلا يصير سبباً للملك ، كما فى المدير .

ولنا أنه ملك بيدل بكماله ، أى يداً أو رقبة ، والمبدل قابل للنقل من ملك إلى ملك للملكه ، كما فى سائر المبادلات دفعا للضرر عنه قرار فرق إقرار كلها لمالك ؛ لأنه لم يخرج المغصوب من ملك مالك بلا بدل ، والمالك قد أخرج البدل من ملك الغاصب بلا بدل ، ولا يكون جزاء العدوان إلا بمثله ، بخلاف غصب المدير لأنه قابل للنقل . (الكشف وحاشية المجمع)

القيمة للغاصب مع يمينه، والبينة للمالك، فإن^(١) ظهر وقيمته
أى أو ضمنه بينة المالك. أى أو ضمن بنكول... إلغ
أكثر، وقد ضمنه بقول المالك أو بينة، أو بنكول الغاصب،

فهو للغاصب، ولا خيار للمالك، وإن^(٢) ضمنه بيمين

أى المغصوب من الغاصب الذى أخذ ومن الغصب
الغاصب، فالمالك يمضى الضمان، أو يأخذ المغصوب، ويرد
لدى أخذ ومن الغصب قيمة من الغاصب أى بيع الغاصب.
العوض، وإن^(٣) باع المغصوب، فضمنه المالك نفذ بيعه، وإن

(٦) قوله: "والقول" أى والقول فى القيمة عند اختلافهما للغاصب مع يمينه؛ لأنه منكر إن لم يبرهن ملكه على الزيادة التى ادعاها، فإن أقيمت حجتها، وجبت تلك الزيادة، ولم يعتبر قول الغاصب حينئذ؛ قول الغاصب حينئذ؛ لأن المالك أثبتته بالحجة اللازمة، وفيه إشعار بأنه لو لم يقيم أرقام الغاصب حجة القلة لم تقبل، وهو الصحيح، بل يحلف على دعواه؛ لأن بيته تنفى الزيادة، والبينة على النفى لا تقبل. (المجمع)

(١) قوله: "فإن" أى فإن ظهر المغصوب الغائب، وقيمته أكثر، أى مال كونه يثبت أكثر مما ضمن الغاصب به الحال، أنه قد ضمن الغاصب، فقول المالك أو ببرهانه، أو بالنكول، أى بنكول الغاصب عن اليمين، فهو أى المغصوب للغاصب ولا خيار، للمالك لأنه رضى به لادعائه هذا القدر، وينفذ بيع الغاصب، وضمن القيمة لعهده. (المجمع)

(٢) قوله: "وإن" أى أخذ المالك ضمان المغصوب الغاصب بيمينه، ثم ظهر حال كونه أكثر قيمة ثمناً أعطاه الغاصب إياه، فالمالك مخير بين أن يمضى الضمان، أو يأخذ المغصوب، ويرد العوض الذى أخذه من الغاصب لعدم تمام رضاه بهذا القدر من الضمان، وإنما أخذ دون القيمة لعدم الحجة، لا للرضاء به، ولو ظهر المغصوب، وقيمته أكثر ما ضمنه، أو أقل فى هذه صورة.

فأما إذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه، قال الكرخى رحمه الله: لا خيار له؛ لأنه توقر عليه الصورة ما مالا منه ملكه بكماله فى ظاهر الرواية، ثبت له الخيار، وهو الأصح؛ لأن ثبوت الخيار لقوات الرضاء، وقد فات هنا حيث لم يحصل له عليه، وله أن لا يبيع ماله إلا بتمن يختاره، ويرضى به، فكان له الخيار، ثم إذا اختار المالك أخذ العين، فللغاصب أن يحبس العين حتى يأخذ القيمة التى دفعها إليها؛ لأنها مقابلة بالعين، بخلاف المدير؛ لأنه غير مقابل به، بل بما فات من اليد. (الزيلعى وعز)

(٣) قوله: "وإن" أى لو باع الغاصب المغصوب أو أعتقه، ثم ضمنه المالك قيمة نفذ بيعه، ولا ينفذ عتقه، والفرق أن ملك الغاصب ناقص؛ لأنه يثبت مستنداً، كما مر، وهو يكفى لنفاذ البيع دون العتق، ألا ترى أن البيع ينفذ من المكاتب، بل من المأذون دون عتقه. (الزيلعى والمجمع)

أى وإن حرر الغاصب العبد المغصوب

فم يد الغاصب

حرره ثم ضمنه لا، وزوائد^(١) المغصوب أمانة^(٢)،

الجارية

فيضمن بالتعدى^(٣)، أو بالمنع بعد طلب المالك، وما^(٤) نقصت

على الغاصب النقصان

بالولادة مضمون، ويجبر بولدها.

الغاصب

عند المالك

وحاملا

الغاصب أو غيره

ولو زنى^(٥) بمغصوبة فردت فماتت^(٦) بالولادة ضمن

(١) متصلة كانت لا لسمن والجمال أو منفصلة لا لولد وثمره البستان.

(٢) قوله: أمانة وقال الشافعي: إنها مضمونة لوجود الغصب، وهو إثبات اليد على مال الغير، ولنا أن الغصب إزالة يد المالك، ولم يكن للمالك على هذه الزيادة حتى يزيلها، ولو اعتبرت ثابتة تبعاً للملك الأمر، فإنه لم يزلها أنه الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه مع يمينه. (الكشف وحاشيته)

(٣) أى يتعدى الغاصب بإتلافه، أو بذبحه، أو أكله، أو بيعه وتسليمه.

(٤) قوله: "وما" أى إذا ولدت الجارية ولداً، ونقصت بالولادة، فإن النقصان مضموناً على الغاصب، وإن كان فى قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد، ويسقط ضمانه عن الغاصب، وإن لم يكن وفاء به يسقط بحسابه، أما لو أنها مضمونة فلأن الجارية دخلت فى ضمانه بجميع أجزائها، والجزاء معتبر بالكل، هذا إذا حدث الحبل من غير المولى والزوج، أما إذا كان الحبل من أحدهما (لعل معناه قبل الغصب وإلا فوطي المولى لا يكون إلا بالاستيلاء عليها وبلاستيلاء يثبت يد المولى فيبطل به الغصب، فليراجع حاشي كشف) لا يجب عليه الضمان لا فى النقصان، ولا فى الملاك، أما جبر النقصان بالولد؛ لأن سبب الزيادة والنقصان واحد، وهو الولادة؛ لأنها أوجبت فوات جزء من مالية الأمر، وحدوث مالية الولد؛ لأن الولد إنما صار مالاً بالنقصان، وقبله لا يتعده به، والسبب الواحد لما أثر فى الزيادة والنقصان، كانت الزيادة خلقاً من النقصان، ومثله إذا شلّيه قوئمه شجر الإنسان، أو جز صوف شاة غيره، ثم نبت مكانها أخرى، أو خصى عبد غيره، فازدادت قيمته بسبب الخصاص. (الزيلعى والطحطاوى بتغيير)

(٥) قوله: "ولو زنى" أى ولو زنى الغاصب بأمة غصبها فحبلت فردها، أى الأمة حاملا، فولدت فماتت عند المالك بسبب الولادة فى نفاسها ضمن الغاصب قيمتها يوم علوقها؛ لأنه أخذها ولم يتعقلوا فيها سبب التلف، وردّها، وفيها ذلك، فلم يصح الرد، فصر كما إذا جهات فى يد الغاصب، فنقصت بعد الرد، أو رفعت بها، فإنه يرد بقيمتها على الغاصب، وهو قول الإمام، وقالوا: لا يضمن إلا نقصان الحمل. (الطحطاوى والمجمع)

(٦) قوله: "فماتت" يعنى ماتت بسبب الولادة، وكذا قال فى "البنية": قيّد بالموت فى نفاسها ليكون الموت فى أثر الولادة... اهـ، وقال قاضى خان: وماتت فى الولادة، أو فى النفاس، فإنه على قول الإمام إن كان ظهر الحبل عند المولى لأقل من ستة أشهر من وقت رد الغاصب ضمن قيمتها يوم

يوم غصبت. لأنها لا تضمن بالغصب. أي ولا يضمن أيضاً
 قيمتها، ولا^(١) يضمن الحرية، ومنافع^(٢) الغصب، وخمر
 المسلم، أو خنزيره بالإتلاف، وضمن لو كانا للذمي، وإن
 غصب من مسلم خمرًا فخلل، أو جلد ميتة فدبغ، فللمالك
 أخذهما^(٣)، ورد ما زاد بالدباغ، وإن^(٤) أتلّفهما ضمن الخل
 الغصب. (الطحطاوي)

(١) قوله: "ولا [لعل معناه قبل الغصب، وإلا فوطء المولى لا يكون إلا بالاستيلاء عليها، وبالاتيلاء يثبت يد المولى، فيبطل به الغصب - فليراجع - . (حاشية الكشف)] يعني لو أخذها مكرمة فزنى بها فردّها حاملاً، فولدت وماتت لا يضمن الغاصب ديتها؛ لأن الحرية لا تكون مضمونة بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد، وعندهما لا يضمن في الأمة أيضاً، أي كالحرة، بل يضمن نقصان الحبل، وهو قول الأئمة الثلاثة؛ لأن سبب التلف هو الولادة في يد المالك لعدم صحة الرد من الغاصب؛ لأن العيب لا يمنع صحة الرد، ولكنها معيبة بالحبل، فيجب عليه نقصان العيب. (المجمع)

(٢) قوله: "ومنافع" أي لا تضمن منافع الغصب وخمر المسلم وخنزيره، وهو معطوف على الحرية في قوله: "ولا تضمن الحرية، أما منافع المغصوب فالمذكور عندنا سواء كان استوفاه بالسكنى والركوب مثلاً، أو عطّلها، بأن أسكها مدة، ولم يستعملها، ثم ردها، وحكم الشافعي بضمانها، وكذلك مالك أيضاً، وصوبه ابن الحاجب، وقال ابن القاسم: لا تضمن إن عطّلها، وإن استغل، أو استعمل تضمن على المشهود عنه، وروى إلا في العبد والدواب، ورده لا تضمن مطلقاً.

وحجّتنا في ذلك حديث عمر وعلى رضي الله عنهما فإنهما حكما في ولد المغرور أنه حر بالقيمة، وأوجباً على المغرور ردّ الجارية مع عقرها، ولم يوجب قيمة الخدمة مع علمهما أن المغرور كان يستخدمها، ومع طلب المدعى بجميع حقه، فلو كان ذلك واجباً لما جعل السكوت في بيانه وبينان العقر منهما لا يكون بياناً لقيمة الخدمة؛ لأن المستوفى بالوطء في حكم جزء من العين، ولهذا يتقوم عند الشبهة، بخلاف المنفعة، والمعنى فيه أن المنفعة ليست بمال متقومة، فلا يضمن بالإتلاف كالخمر والميتة.

وأما خمر المسلم وخنزيره سواء كان المثلّف مسلماً أو ذمياً لا يضمنان؛ لأنهما ليسا بمتقومين في حق المسلم، قيّد بالمسلم لأن خمر الذمي أو خنزيره يضمن، وهو قول مالك، سواء كان المثلّف ذمياً أو مسلماً، إلا أن المسلم لا يضمن الخمر بمثلّها؛ لأنه لا يملك تملكها بل بقيمتها، وقال الشافعي وأحمد: لا يضمن خمر الذمي ولا خنزيره، سواء كان المثلّف مسلماً أو ذمياً. (الزليعي وشرح النقاية بتصرف)

(٣) قوله: "أخذهما" أي يأخذ الخل بغير شيء، والجلد المدبوغ يأخذه ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه، والمال بالأول إذا خلّلها بالنقل من الشمس إلى الظل، ومن الظل إلى الشمس، وبالثاني إذا دبغه بماله قيمة، كالعفص والقرظ - بالطاء - المثالة، ونحو ذلك، والفرق أن التخليل تطهير لهما بمنزلة غسل الثوب النجس، فتبقى على ملك المغصوب منه؛ لأن المالية لم تثبت بفعله، وبهذا الدباغ أفضل بالجلد

فقط، ومن كسر معزفاً، أو أراق سكرًا أو منصفًا ضمن^(١)،

وصح^(٢) بيع هذه الأشياء، ومن غصب أم ولد أو مدبرة

في يده تقوم المدبرة خلافاً لهما، وله أنها لا تقوم لهما

فماتت، ضمن قيمة المدبرة لا أم ولد.

مال متقوم، كالصغ في الثوب، ولهذا يأخذ الخل بغير شيء، ويأخذ الجلد ويعطى ما زاد الدباغ فيه، فطريق معرفته أن ينظر إلى قيمة الجلد ذكياً غير مدبوغ، وإلى قيمته مدبوغاً، فيضمن فضل ما بينهما، وللغاصب أن يحبس حتى يستوفي حقه، كحق الحبس في المبيع بالثمن والرهن بالدين والعبد الآبق بالجعل. (الزيلعي)

(٤) قوله: "وإن" أي إن أتلّف الغاصب الخل والجلد المدبوغ في يده قبل أن يردّهما إلى صاحبهما ضمن الخل؛ لأنه لما بقى عن ملكه وهو مال متقوم ضمنه بالإتلاف، ويجب مثله لأنه من ذوات الأمثال. وقوله فقط: أي لا يضمن الجلد المدبوغ، وقالوا: ضمن الجلد المدبوغ، ويعطى ما زاد الدباغ (كان المعنى وتقع المقاصة بقدر ما زاد الدباغ، وفائدتها أنه إذا أبرأ أحدهما الآخر عن حقه لطالعه الآخر بحقه) وله أن تقوم الجلد حصل بصنعه لاستعماله مالا متقوماً فيه، وهو تابع لتقوم الصنع، وصنعه غير مضمون عليه، فكذا تابعه، بخلاف وجوب الرد حال قيامه؛ لأنه تبع ذلك، وكجلد غير تابع للصناعة في حق الملك لثبوته قبلها.

(١) قوله: "ضمن" وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يضمن ولا يجوز بيعها، وهو قول مالك وأحمد، ثم قيل: الخلاف في الدف والطليل الذين يضربان اللهو، وأما طيل الغزاة والدف يباح ضربه للعرس، فإنهما يضمنان بالإتلاف، بلا خلاف، لهما أن هذه الأشياء معدة للمعصية، فيبطل تقويمها، كالخمر، وأن إتلافها أمر شارع به لقوله ﷺ: «من رأى منكم منكراً فليغيره بيده»، وإنكارها باليد إتلافها، وهولو أتلّفها بأمر أولى الأمر لا يضمن، فبأمر الشارع أولى.

وله أنها أموال لصلاحيّتها لما يحل من وجوه الانتفاع كالتهليل، والخمر وإن كان تصلح لذلك لكن سقط تقويمها بنصوص قطعية وقد فقدت فيما نحن فيه، وإن صلحت لما لا يحل أيضاً، فصارت كالأمة المغنية، لا بخلاف الخمر؛ لأنها حرام لعينها، وأما السكر ونحوه فحرمته عرفت بالاجتهاد، وبأخبار الأحاد، فتصرف عن حرمة الخمر، فجوزنا بيعه، وقلنا: بضمائه، وهذا لأن الفساد بفعل فاعل مختار، فلا يوجب سقوط التقويم والتضمن وجواز البيع مرتبان على المالية والتقوم. (الكشف وشرح النقاية بتصرف)

(٢) قوله: "وصح" وقالوا: لا يضمن ويجوز بيعها؛ لأن هذه الأشياء أعدت للمعصية، فبطل تقويمها، وبقولهما قالت الأئمة الثلاثة، وعليه الفتوى لفساد الزمان فيما بين الناس، حتى ذكر الصدر الشهيد أن البيت يهدم على من اعتاد الفسق وأنواع الفساد، وأنه لا بأس بالهجوم على بيت المفسدين، وبإراقة العصير قبل أن يشتد على من اعتاد الفسق. (المجمع)

كتاب الشفعة^(١)

أى بالثمن الذى قام عليه

أى من حيث الجبر

هى تملك البقعة جبراً^(٣) على المشتري بما قام عليه،

أى الشريك

وتجب^(٤) للخليط^(٥) فى^(٦) نفس المبيع، ثم للخليط فى حق

(١) قوله: "كتاب" مناسبة تملك مال الغير بغير رضاه، وكان القياس تقديمها على الغصب لشروعيتها، ولكن قدم الغصب لكثرة الحاجة إلى معرفته؛ لأنه يقع كثيراً فى المعاملات، كاليبيعات والإيجارات والشركات والمضاربات والمزارعات وغيرها، لا سيما فى هذا الزمان، فإنه زمان الظلم والخياف والتعدى، وما أحسن قول المتنبي:

الظلم فى خلق النفوس فإن تجد ذا عفة فلعله لا يظلم

قال الشريف الحموى: لما اقتضت مناسبات الكتب السابقة تقديم الغصب لم يحتج إلى هذا الاعتذار. (الدر والطحاوى)

(٢) قوله: "الشفعة" الكلام فيها من وجوه: الأول: فى معناها لغة، والثانى: شرعاً، والثالث: فى بيان دليلها، والرابع: فى بيان سببها، والخامس: فى ركنها، والسادس: فى شرطها، والسابع: فى حكمها وصفتها.

فهى لغة: مأخوذة من الشفع الذى هو ضد الوتر، وشرعاً: ما يذكر المؤلف، ودليلها: ما روى أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالشفعة فى كل شركة لم تقسم رבעه أو حائطه، وقال عليه الصلاة والسلام: «الجار أحق بشفعة جاره»، وسببها: دفع الضرر الذى ينشأ من سوء المجاورة على الدوام من حيث إيقاع النار وإعلاء الجدار، وإثارة الغبار.

وركنها: هو الآخذ من المشتري، أو من البائع، وشرطها: كون الحمل عقاراً علواً كان أو سفلاً مملوكاً ببدل هو مالى، فأما حكمها: فهو جواز طلب الشفعة عند تحقق سببها، وصفتها أن الآخذ بها بمنزلة شراء مبتدأ، حتى يثبت ما يثبت بالشراء، نحو الرد بخيار الرؤية والشرط. (التكملة)

(٣) قال العلاء المقدسى: فإن دفعها للمشتري، أى برضاه لم تسم شفعة مع أن الضم موجود فيها، وقال: الظاهر أن الجبر بناء على الغالب، قوله: على المشتري ينبغى تركه، قال فى "الإيضاح": الإصلاح، ولم يقل: على مشتريه لأنها قد تكون عن البائع إذا أقر البائع، وأنكر المشتري. (الطحاوى)

(٤) قوله: "وتجب [المراد من الوجوب الثبوت]" قال عليه الصلاة والسلام: «الشفعة لشريك لم يقاسم»، أخرجه مسلم عن جابر رضى الله عنه، وقال عليه الصلاة والسلام: «جار الدار أحق بالدار» «والأرض ينتظر له وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً»، مركب من حديثين، فصدر الحديث رواه أبو داود مرفوعاً بلفظ «جار الدار أحق بدار الجار أو الأرض وأخره»، أخرجه أصحاب سنن الأربعة بلفظ

بكسر المعجمة وهو النصيب في الماء كل واحد من الشرب والطريق

المبيع، كالشرب والطريق إن كان^(١) خاصاً، ثم للجار^(٢)

«أحق بشفعة ينتظر بها وإن... إلخ».

وقال عليه الصلاة والسلام: «الجار أحق بشفعة قيل يا رسول الله ما الشفعة فقال شفعتي»، ويروى: «الجار أحق بشفعتي»، رواه البخاري، وحمل الجار على الجار الشريك يردّه ما أخرجه النسائي وابن ماجه أن رجلاً قال: يا رسول الله: أرضى ليس لأحد فيها شرك ولا قسم إلى الجوار، فقال عليه الصلاة والسلام: «الجار أحق بشفعتي ما كان». (الكشف وحاشيته)

(٥) قوله: "للخليط" إنما وجبت مرتبة على الترتيب الذي ذكره هنا؛ لأنها وجبت لدفع الضرر الدائم الذي يلحقه، وكل ما كان أكثر اتصالاً كان أخص ضرراً وأشد، فكان أحق بها لقوة الموجب لها، فليس للأضعف أن يأخذه مع وجود الأقوى، إلا إذ ترك فله أن يأخذ إن أشهد. (التكملة)

(٦) وهو الشريك الذي لم يقاسم، ولو كان ذمياً لمساواة المسلم في سببها، وهو أمر دنيوى، وهما فيه سواء.

(١) قوله: "إن" يعنى الشرب والطريق وإن لم يكن خاصاً لا يستحق به الشفعة، والطريق الخاص أن يكون غير نافذ، وإن كان نافذاً، فليس بخاص، والشرب الخاص عند الإمام محمد أن يكون نهراً صغيراً لا تمر فيه السفن، فإن كانت تمر فيه السفن، فليس بخاص، فإذا بيعت أرض من الأراضي التي تسقى مضلاً، يستحق أهل النهر الشفعة، والجار أحق منهم، بخلاف النهر الصغير. (التكملة بحذف)

(٢) قوله: "للجار" وقال مالك والشافعي وأحمد: لا شفعة للجار، لما روى البخاري عن أبي سلمة عن جابر بن عبد الله قال: "ف قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق فلا شفعة"، وفي رواية: "الشفعة فيما لم يقسم... إلخ، وفي لفظ له: "إنما جعل النبي ﷺ الشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود" الحديث. ولأن الشفعة تثبت على خلاف القياس، لما فيها من تملك مال الغير بغير رضا، فيقتصر على مورد النص، وهو ما لم يقسم.

ولنا ما في البخاري عن أبي رافع أنه سمع النبي ﷺ يقول: «الجار أحق بشفعتي»، وما روى أبو داود في البيوع، والترمذي في الأحكام، وقال: حسن صحيح، والنسائي في الشروط عن قتاده عن الحسن بن سمرة أن النبي ﷺ قال: «جار الدار أحق بدار الجار أو الأرض»، ورواه حمدي في "مسنده"، والطبراني في "جامعه"، وابن أبي شيبه في "مصنفه"، وفي بعض ألفاظهم: «الجار أحق بشفعة الدار»، وفي رواية لأبي داود في "سننه" عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً».

وأجيب عن حديث جابر بأن تخصيص ما لم يقسم بالذكر الأول لا يدل على نفى الحكم عما عداه، وقوله: إذا وقعت الحدود وصرفت الطريق فلا شفعة من كلام الراوى، فلا يكون حجة في عدم استحقاق الشفعة للجار مع ما روينا من مرفوع الأخبار، ولم سلم أنه من كلام النبي ﷺ، فمعناه لا

الملاصق^(١)، وواضع الجذوع على الحائط والشريك في خشبة
 على الحائط جار^(٢) على^(٣) عدد الرؤوس بالبيع وتستقر
 بالإشهاد^(٤)، وتملك^(٥) بالأخذ بالتراضي، أو بقضاء القاضي.

شفعة بسبب القسمة دفعاً لتوهم أن القسمة تثبت بها الشفعة، كالمبيع لما فيها من معنى التملك من كل واحد من الشريكين للآخر. (شرح النقاية)

(١) هو الذي ظهر بيته إلى ظهر بيت هذا، وبابه في سكة أخرى، تجب الشفعة بعد ذلك.

(٢) قوله: "جار" لأن الشركة المعتبرة هي الشركة في العقار، لا في المنقول والخشبة منقولة، وبوضع الجذوع على الحائط لا يصير شريكاً في الدار، وكذا بالشركة في الجذوع لا يكون شريكاً فيها، لكنه جار ملازق لوجود اتصال بقعة أحدهما ببقعة الآخر، فيستحق الشفعة على أنه جار ملاصق، ولا يترجح بذلك على غيره من الجيران، وكذا إذا كان بعض الجيران شريكاً في الجدار لا يقدم على غيره من الجيران؛ لأن الشركة في البناء المجرد بدون الأرض لا يستحق بها الشفعة. (الزليعي)

(٣) قوله: "على" يعني تجب الشفعة بالبيع، وقسم على عدد الرؤوس إذا كان كثيرين، والبناء في قوله: بالبيع تتعلق بتجب في قوله: تجب للخليط، معناه: تجب الشفعة بعقد البيع، أي بعده؛ لأنه سبب له بقدر رؤوس الشفعة عندنا، لا بقدر الملك، كما قال مالك والشافعي في الجديد، وأحمد في رواية.

فلو كانت دار بين ثلاثة لأحدهم نصفها للآخر ثلثها، وللآخر سدسها، فباع صاحب النصف نصيبه، وطلب الشريكان الشفعة، فإن القاضي يقضى بها نصفين عندنا، لكل واحد نصف، وثلثاً عندهم لصاحب الثلث، ولصاحب السدس ثلث؛ لأن الشفعة من حقوق الملك لكونها لتكميل المنفعة، فيقدر بقدره، كالربح والقلة والولد والثمره.

ولنا أن التساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في الاستحقاق، والشركاء متساوون في سبب الشفعة، ولهذا لو انفرد واحد منهم أخذ الكل؛ ولأن أقل نصيبه، فيستوون في الاستحقاق، كما لو استوت الأنصبة والربح، ونحوه متولدات من الملك، فيستحق بقدره. (التكملة وشرح النقاية)

(٤) قوله: "بالإشهاد" [وهو أن يطلب كما سمع] أي إشهاد الشفيع بعد طلب الموائبة، وهو أن يطلب كما سمع، وهو طلب التقرير لأنها حق ضعيف، أن مال بالإعراض لحديث الشفعة لمن واثبها الشفعة مكمل العقل، فلا بد من إثبات طلبه عند القاضي، ولا يمكنه إلا بالإشهاد، أي الإشهاد على المشتري مطلقاً، أو على البائع العقار في يده. (الطحطاوي)

(٥) قوله: "وتملك" أي تملك الدار المشفوعة بأحد الأمرين، إما بالأخذ إذا سمها اشتري برضاء، أو بحكم الحاكم من غير أخذ؛ لأن ملك المشتري قد تم بالشراء، فلا يخرج عنه إلى الشفيع إلا برضاء، أو بحكم الحاكم؛ لأن للحاكم ولاية عامة، فيقدر على ذلك في ضمن الحكم بالحق، وولاية

باب^(١) طلب الشفعة والخصومة فيها

أمر بيع الدار المشفوعة أى مجلس علمه

فإن علم الشفيع بالبيع أشهد فى مجلسه على الطلب، ثم

على البائع لو^(٢) فى يده^(٣)، أو على المشتري، أو عند العقار،

على نفسه فوق ولاية القاضى عليه، فكان أدنى بذلك .

ونظيره الهبة لما تم ملك الموهوب له لا يخرج عن ملكه إلا بأحد الأمرين المذكورين، إلا أن أخذ الشفعة بقضاء القاضى أحوط حتى كان للشفيع أن يمتنع من الأخذ إذا أسلم المشتري له بغير قضاء؛ لأن فى القضاء زيادة فائدة، وهى صيرورة الحادثة معلومة للقاضى، وتبين سبب ملكه له، فإذا كانت المشفوعة تملك لأحد الأمرين تقبل وجود أحدهما لا يثبت له فيها شئ من أحكام الملك حتى لا تورث عنه إذا مات فى هذه الحالة، وتبطل شفيعته إذا باع داره التى يشفع بها، ولو بيعت دار بجنسها فى هذه الحالة، لا يستحقها بالشفعة لعدم ملكه فيها . (الزيلعى)

(١) لما كان ثبوت الشفعة متوقفاً على الطلب، شرع فى بيانه وكيفيته وتقسيمه .

(٢) قوله: "لو أى إذا كان المبيع فى يده، أو على المشتري، أو عند العقار، فهذان طلبان: فالأول: طلب الموائبة، والثانى: طلب التقرير، وفيه طلب ثالث، وطلب الأخذ والتملك، ولا بد من هذه الثلاثة .

أما الأول: وهو طلب الموائبة فلما روينا وبيننا من المعنى، والشرط إن كما علم على الفور من غير تأخير، ولا سكوت؛ لأن سكوته بعد العلم يدل على رضا بجوار الجار الحادث ومعاشرة، فتبطل شفيعته به .

ولو أخبر بكتاب، والشفعة فى أوله، أو وسطه، فقرأ الكتاب إلى آخره، وبطلت شفيعته إذا كان ذلك بعد علم المشتري والتمن، لأن السكوت إنما يكون دليل الرضاء بعد العلم بهما، فالبكر لا يكون سكوتها رضا، لا إذا كان بعد العلم بالزوج، ثم إذا أخبر بحضرة الشهود ويشهدهم عليه، وإن لم يكن بحضرة أحد يطلب من غير إشهاد؛ لأن هذا الطلب صحيح من غير إشهاد، والإشهاد لمخافة الجحود، والطلب لا بد منه كيلا يسقط حقه فيما بينه وبين الله تعالى، وليمكنه الحلف إذا حلف، ولشئلا يكون معرضاً عنها وراضياً بجوار الدخيل .

ويشترط أن يكون متصلاً بعلم عند عامة المشايخ، وهو مروي عن محمد، ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة فى الحال، ولا يجب عليه الطلب حتى يخبره به رجلان غير عدلين، أو واحد عدل عند أبى حنيفة رحمه الله، أو رجل وامرأتان؛ لأن فيه إلزاماً من وجه دون وجه، فيشترط فيها أحد شطرى الشهادة، أما أو المعدود .

وعندهما يجب عليه الإشهاد، وإذا أخبره واحد حرّاً كان أو عبداً، صغيراً كان أو كبيراً، إذا كان الخبر حقاً، وإذا لم يشهد بطلت حقه .

وهو المشتري

الشفيع الشفعة

ثم ^(١) لا تسقط بالتأخير، فإن ^(٢) طلب عند القاضى سأل المدعى

وأما الثانى : وهو طلب التقرير فلا بد من الإشهاد فيه ؛ لأنه يحتاج إليه لإثباته عند القاضى ، ولا يمكنه الإشهاد على طلب الموائبة فظاهر ؛ لأنه على الفور ، فيحتاج بعد ذلك إلى الإشهاد ، فتقرير حتى لو أمكنه ذلك ، وأشهد عند طلب الموائبة بأن بلغه البيع بحضوره الشهود ، والمشتري أو البائع حاضراً كان عند العقار يكفيه ، ويقوم ذلك مقام الطلبين .

وكيفية هذا الطلب أن ينهض من المكان الذى سمع فيه ، ويشهد على البائع إن كان المبيع فى يده ، أو على المشتري أو عند العقار ، فإذا فعل ذلك استقرت شفعة ، وإنما صح الأشياء عند هؤلاء الثلاثة لأن المشتري والبائع خصم فيه بالملك ، أو باليد ، وأما عند العقار فلتعلق الحق به ، ولا يكون البائع خصماً بعد تسليم المبيع إلى المشتري لعدم الملك إليه .

ومدة هذا الطلب مقدرة بالتمكن من الإشهاد ، ومع القدرة على أحد هؤلاء الثلاثة حتى لو تمكن ولم يطلب شفعة .

وصورة الإشهاد أن يقول : إن فلاناً اشترى هذه الدار وأنا شفيعها ، وقد كنت طلبت الشفعة ، وأطلبها الآن فاشهدوا ، وصورة الإشهاد على العاقلين : اشترى هذا من فلان داراً حدودها كذا ، وأنا شفيعها . . . إلخ ، أو باع هذا من فلان داراً . . . إلخ . (الزيلعى)

(٣) قوله : " فى يده " أى لم يسلم إلى المشتري ، وإنما حضرناه به احترازاً عما إذا وصل إلى يد البائع بوجه من الوجوه بعد التسليم إلى المشتري - فراجع - . (عز)

(١) قوله : " ثم " أى لا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب ، وهو طلب الأخذ بعد ما استقرت شفعة الإشهاد ، وقال محمد وزفر : يبطل بتأخيرها شهراً لتضرر المشتري لامتناعه عن التصرف حذار نقضه ، فقد رناه بشهر ؛ لأنه أجل وما دونه عاجل ، كما مر فى الإيمان ، وعن أبى يوسف : يبطل بترك الخصومة فى مجلس من مجالس القاضى .

ولأبى حنيفة رحمه الله تعالى وعليه الفتوى أن الحق متى استقر لا يسقط إلا بإسقاط بالتصريح باللسان ، كما فى سائر الحقوق ، وما ذكر من الضرر يشكل بما إذا كان غائباً - أى الشفيع فإنه لا يبطل فى الإشهاد ، وإن طال غيبته ، أو تأخر الطلب مع أن فيه ضرر المشتري - ولا فرق فى حق المشتري بلزوم الضرر فى الحضر والسفر - أى حضور الشفيع وسفره - . (الكشف وحاشيته)

(٢) قوله : " فإن " أى إذا تقدم الشفيع ، وادعى الشراء وطلب الشفعة عند القاضى ، سأل القاضى المدعى عليه ، وهو المشتري عن الدار اتى يشفع بها الشفيع ، هل هى ملك الشفيع أم لا ؟ فإن أقر بأنها ملكه ، أو أنكر ، ونكل عن اليمين ، أو أقام الشفيع بينة أنها ملكه ، سأل القاضى عن الشراء ، فيقول له : هل اشتريت أم لا ، فإن أقر بأنه اشترى أو نكل عن اليمين ، أو أقام الشفيع بينة قضى بالشفعة لثبوته عنده ، وهذا هو طلب الأخذ الموعود به .

فذكر هنا سؤال القاضى المدعى عليه عن ملك الشفيع أولاً عقيب طلب الشفيع ، وليس كذلك ، بل القاضى يسأل المدعى أولاً قبل أن يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار من مصره ، ومحله وحدودها ؛ لأنه ادعى فيها ، فلا بد من أن تكون معلومة ؛ لأن دعوى المجهول لا تصح ، فصار كما إذا ادعى ملك

أى بملك الشفع قبيل إضافة المصدر إلى مفعوله. على أنها ملكه
 عليه، فإن أقر بملك ما يشفع به، أو نكل، أو برهن الشفع سألته
 عن الشراء، فإن أقر به، أو نكل، أو برهن الشفع قضى بها،
 ولا يلزم^(١) الشفع إحضار الثمن وقت الدعوى، بل بعد
 القضاء، وخاصم^(٢) البائع لو فى يده، ولا يسمع البينة، حتى

رقيتها، فإذا بين ذلك سألته، هل قبض المشتري الدار أم لا؟ لأنه إذ لم يقبضها لا تصح دعواه على
 المشتري حتى يحضر البائع، فإذا بين ذلك سألته عن سبب شفعة وحدود ما يشفع بها؛ لأن الناس
 يختلفون فيه، فلعلة ادعاه بسبب غير صالح، أو يكون هو محجوباً بغيره، فإذا بين سبباً صالحاً، ولم
 يكن محجوباً بغيره سألته أنه متى علم، وكيف صنع حين علم؛ لأنها تبطل بطول الزمان وبالإعراض،
 وبما يدل عليه، فلا بد من كشف ذلك.

فإذا بين ذلك سألته عن طلب التقرير كيف كان، وعند من أشهد، وهل كان الذى أشهد عنده أقرب
 من غيره أم لا، فإذا بين ذلك كله، ولم يخل بشيء من شروطه تم دعواه، وأقبل على المدعى عليه،
 فسألته عن الدار التى يشفع بها، هل هى ملك الشفع أم لا؟ وإن كانت هى فى يد الشفع وهى تدل على
 الملك ظاهراً؛ لأن الظاهر لا يصلح الاستحقاق، فلا بد من ثبوت ملكه بحجة لاستحقاق الشفعة،
 فيسأله عنه، فإن أنكر أن يكون ملكاً له، يقول للمدعى: أتم البينة أنها ملكك، فإن عجز عن البينة،
 وطلب يمينه استحلف المشتري بالله ما يعلم أنه مالك للذى ذكره مما يشفع به؛ لأنه ادعى عليه حقاً لو أقر
 به لزمه، ثم هو فى يد غيره، فيحلف على نفى العلم، وهذا عند أبى يوسف رحمه الله.

وعند محمد رحمه الله يحلف على النيات، فإن نكل، أو قامت للشفع بينة، أو أقر المشتري بذلك
 ثبت ملك الشفع من الدار التى يشفع بها، وثبت السبب، وبعد ذلك يسأل القاضى المدعى عليه، فيقول
 له: هل اشتريت أم لا، فإن أنكر الشراء، قال للشفع: أقم البينة أنه اشترى؛ لأن الشفعة لا تجب إلا
 بالشراء، فلا بد من إثباته بالحجة، فإن عجز عن إقامة البينة وطلب يمين المشتري استحلف بالله ما
 اشترى، أو بالله ما يستحق عليه فى هذه الدار شفعة من الوجه الذى ذكره. (الزيلعى)

(١) قوله: "ولا يلزم" هل يجوز له المنازعة، وإن لم يحضر الثمن إلى مجلس القاضى، فإذا
 قضى القاضى له بالشفعة، لزم إحضار الثمن؛ لأن الثمن قبل القضاء غير واجب عليه، ولا يطالب
 بأداءه، والإحضار التسليم، ولا يجب التسليم قبل الوجوب، فلا معنى لإحضاره قبل القضاء، ثم إذا
 قضى القاضى له بالشفعة قبل إحضار الثمن، فللمشتري أن يحبس العقار عنه حتى يدفع الثمن إليه؛
 لأنهما نزلا منزلة البائع والمشتري. (الزيلعى)

(٢) قوله: "وخاصم أى للشفع أن يخاصم البائع إذا كان المبيع فى يد؛ لأن له يداً لحقه أصالة،
 فكان خصماً كالمالك بخلاف المودع والمستعير، ونحوهما لأيدهم ليست بأصالة، فلا يكون خصماً.
 (الزيلعى)

القاضي أى حضور المشتري

يحضر المشتري^(١)، فيفسخ البيع بمشهوده، والعهدة^(٢) علىالبائع، والوكيل بالشراء خصم^(٣) للشفيع ما لم يسلم إلى
فإن سلم إليه، فالموكل هو الخصم. بالإجماع. وصلىالموكل، وللشفيع^(٤) خيار الرؤية والعيب، وإن
أى من كل واحد
شرط المشتري البراءة منه.وإن^(٥) اختلف الشفيع والمشتري فى الثمن، فالقول
أى فى مقدار(١) لأن الملك للمشتري، واليد للبائع، والقاضى يقضى بهما، فلا بد من حضورهما لئلا يلزم
القضاء على الغائب.(٢) قول: "والعهدة" أى ضمان الثمن عند ما استحقها مستحق على البائع؛ لأنه كالمشتري منه؛
لأنه أخذها من يد، بخلاف ما إذا قبضها المشتري، فأخذها من يده حيث تكون العهدة عليه؛ لأنه تم
ملكه بالقبض، فكانه اشتراها من المشتري. (عز)(٣) قوله: "خصم" لأنه هو العاقد والأخذ بالشفعة من حقوق العقد، ولهذا لو كان البائع،
وكيلا كان للشفيع أن يخاصم، ويأخذها منه بحضرة المشتري. (الكشف والمجمع)(٤) قوله: "وللشفيع" لأن الأخذ بالشفعة شراء من المشتري إن كان الأخذ بعد القبض، وإن كان
قبله، وشراء من البائع لتحول الصفقة إليه، فيثبت له الخيار أن فيه كما إذا اشتراه منهما باختيارهما، ولا
يسقط خياره برؤيته المشتري، ولا يشترط البراءة منه؛ لأن المشتري ليس بنائب عن الشفيع، فلا يعمل
شرطه ورديته فى حقه. (الزيلعى)(٥) قوله: "وإن" أى إذا وقع الاختلاف بين الشفيع والمشتري فى قدر ثمن الدار المشفوعة، فقال
الشفيع: اشتريتها أنت بألف، وقال المشتري: اشتريتها أنا بألف ومائة، فالقول للمشتري مع اليمين؛ لأن
الشفيع يدعى عليه حق الأخذ عند نقد الأقل، والمشتري ينكره، فالقول للمنكر، ولا يتحالفان أطلق
المصنف، وفيه التفصيل.قال فى "الهداية": الاختلاف الواقع بين الشفيع والمشتري إما أن يرجع إلى الثمن، فلا يخلو إما أن
يقع الاختلاف فى جنس الثمن، وإما أن يقع فى قدره، وإما أن يقع فى صفته وقع فى الجنس، بأن قال
المشتري: اشتريته بمائة دينار، وقال الشفيع: بألف درهم، فالقول قول المشتري، ولا يتحالفان.
ولو أقاما البينة، فالبينة بينة الشفيع عند الإمام ومحمد، وبينة المشتري عند الثانى، وإذا ادعى
المشتري تمناً، وادعى البائع أقل منه، ولم يقبض الثمن أخذها الشفيع بما قال البائع، وكان ذلك خطأ عن
المشتري.

ولو ادعى البائع أكثر يتحالفان ويترادان، وأيهما ظهر أن الثمن ما يقول الآخر، فيأخذ الشفيع

للمشتري، وإن برهنا فللشفيع^(١)، وإن ادعى المشتري ثمنًا،
 وادعى بائعه أقل منه، ولم يقبض الثمن أخذها^(٢) الشفيع بما قال
 من الثمن. البائع الثمن في المسألة المذكورة. إذا أثبت ذلك بالبينة أو بيمينه^(٣) أى بعد الثمن
 البائع، وإن قبض أخذها بما قال المشتري، وحط^(٤) البعض يظهر

بذلك، وإن حلفا يفسخ القاضى البيع بينهما، ويأخذها الشفيع بقول البائع، وإن كان قبض الثمن أخذها
 بما قال المشتري إنشاء، ولم يلتفت إلى قول البائع، وإن اختلفا فى صفة الثمن، بأن قال المشتري:
 اشتريت بثمان معجل، وقال الشفيع: لا، بل اشتريته بثمان مؤجل، فالقول قول المشتري.

وأما إذا كان الاختلاف فى المبيع، كما إذا اشترى دارًا، فقال المشتري: اشتريت العرصة على حدة
 بألف، وقال الشفيع: بل اشتريتها جميعًا بألفين، فالقول قول الشفيع، وأيهما أقام البينة، قبلت فإن
 أقاما جميعًا، ولم يوقت وقتًا، فالبينة للمشتري عند الثانى، وبينة الشفيع عند محمد... اهـ (عز)

(١) قوله: "فللشفيع" أى لو أقام كل منهما البينة على دعواه، فللشفيع أى بينة الشفيع أحق
 بالتقديم عند الطرفين، لكونه مدعيًا، ولأنه يمكن صدق البيتين بجريان العقد المرتين، فيجعلان
 موجودين، فالشفيع يأخذ بأيهما شاء، وعند أبى يوسف للمشتري أى بينة المشتري أحق؛ لأنها تثبت
 الزيادة، وهو قول الشافعى وأحمد. (المجمع)

(٢) قوله: "أخذها" لأن الأمر إن كان كما قال البائع، فقد وجبت الشفعة به، أو كما قال
 المشتري، فقد حط البائع، وهذا الحط أى حط البعض، فإنه مؤدى دعوى البائع، فاحترز به عن حط
 الكل، فإنه لا يظهر فى حق الشفيع. (الكشف وحاشيته)

(٣) قوله: "وحط" أى حط بعض الثمن يظهر فى الشفيع حق يأخذه بما بقى، ولا يظهر حط
 الكل فى حقه، ولا الزيادة على الثمن بعد عقد البيع حتى يلزمه الزيادة، ولا يسقط عنه شىء من
 الثمن، فيأخذ به جميع المسمى عند العقد؛ لأن الحط لما التحق بأصل العقد صار الباقي هو الثمن، كأنه
 لم يسم غير ذلك، ولا فرق ذلك بين أن يكون الحط قبل أخذه لا لشفعة أو بعده لوجود الالتحاق فى
 صورتين، فيرجع الشفيع على المشتري بالزيادة إن كان أوفاه الثمن.

ولو حط بعض الثمن بعد تسليمه الشفعة، كان له أن يأخذها بالباقي؛ لأنه تبين له أن الثمن أقل،
 فلا يصح تسليم، بخلاف حط الكل حيث لا يتحقق بأصل العقد؛ لأنه لو التحق لكان هبة، أو بيعًا بلا
 ثمن، وهو فاسد، فلا شفعة فيهما.

وكذلك الزيادة لتتحق بأصل العقد، وإنما لا تظهر فى حق الشفيع؛ لأنه استحق أخذها بالمسمى قبل
 الزيادة، فلا يملك إبطال حقه الثابت له، فلا يتغير العقد فى حقه، كما لا يتغير بتجديدهما العقد، لما
 يلحقه بذلك من الضرر، ويلتحق به فى نفسه؛ لأن له ولاية على نفسه دون الشفيع، بخلاف بيع
 المرابحة والتولية حيث تصح الزيادة فى حقه أيضًا، حتى جاز بناءهما عليه؛ لأنه ليس فيه إبطال حق
 أحد؛ لأن المشتري لا يستحق عليه أحد بيع المرابحة، فيلتحق فى حقهما بأصل العقد. (الزيلعى)

فى حق الشفيع، لا حط الكل والزيادة^(١).
أى لا يظهر سأى كل الثمن

وإن اشترى داراً بعرض أو بعقار، أخذها^(٢) الشفيع
 بقيمته وبمثله لو مثلياً^(٣)، وبحال^(٤) لو مؤجلاً^(٥)، أو
 الشفيع عن الأخذ المضروب بين البائع والمشتري أى وأخذها
 يصبر حتى يمضى الأجل، فيأخذها، وبمثل^(٦) الخمر وقيمة
 (١) أى ولا يظهر أيضاً الزيادة على الثمن بعد عقد البيع.

(٢) قوله: "أخذها" لأن الشفعة يتملكها بمثل ما يملكها المشتري به، ثم المثل لا يخلو إما أن يكون مثلاً له صورة ومعنى كالملك والموزون والعددي المتقارب، أو معنى لا صورة، وهو ما عدا ذلك، فيعتبر ذلك المثل، كما فى زمان العدوان، فيأخذ به؛ لأنه بدل لهما، ولهذا لو اشترى عقاراً بعقاراً يأخذ كل واحد منهما بقيمة الآخر. (التكملة)

(٣) أى بمثل ذلك العرض أى لو كان من ذوات الأمثال.

(٤) قوله: "وبحال" أى يأخذها من المشتري بضمن حال إذا كان الثمن مؤجلاً، أو يصبر حتى يمضى الأجل، فيأخذها عند ذلك، وليس له أن يأخذها فى الحال بضمن مؤجل، وقال زفر والشافعى رحمهما الله فى القديم: له أن يأخذها فى الحال بضمن مؤجل.
 ولنا أن الأجل إنما ثبت بالشرط، ولا شرط بين البائع والشفيع، ولا بين الشفيع والمشتري، وليس الرضا به فى حق المشتري رضا به فى حق الشفيع لتفاوت الناس فى الملاءة. (الزيلعى والكشف).

(٥) أى لو كان الثمن أجلاً بأن كان المشتري اشتراها إلى أجل.

(٦) قوله: "وبمثل" أى لو اشترى ذمى من ذمى عقاراً بخمر، أو خنزير، فإن كان شفيعه ذمياً أخذه بمثل الخمر، وقيمة الخنزير، لأن هذا البيع يقضى بصحة فيما بينهم، فإذا صح ترتب عليه أحكام البيع، ومن الأحكام وجوب الشفعة به، فيستحقه، ذمياً كان الشفيع أو مسلماً، غير أن الذمى لا يتعذر عليه تسليم الخمر، فيأخذ بها؛ لأنها من ذوات الأمثال، والسلم لا يقدر على ذلك؛ لكونه ممنوعاً من تملكهما وتمككهما، فيجب عليه قيمتهما، كما فى ضمان العدوان، والخنزير من ذوات القيم، فيجب عليهما قيمته.

ولا يقال: قيمة الخنزير تقوم مقام عينه، فوجب أن يحرم على المسلم تملكه، بخلاف قيمة الخمر على ما عرف فى موضعه؛ لأننا نقول: إنما يحرم عليه تملكها إذا كانت القيمة بدلاً عن الخنزير، وأما إذا كانت بدلاً عن غيره، فلا يحرم، وهنا بدل عن الدار لا عن الخنزير، وإنما الخنزير يقدر بقيمة بدل الدار، فلا يحرم عليه تملكهما، بل يملكهما بأن أسلم المشتري قبل أخذ الشفيع الدار بالشفعة، فإن الشفيع يأخذها بقيمة الخنزير.

ولو كان شفيعها مسلماً وذمياً أخذ كل واحد منهما بالنصف بما ذكر من قيمة الخمر أو مثلها اعتباراً

وكان الثمن خمرًا أو خنزيرًا. وكذا المشتري أى وأخذها أى لو كان الشفع ميسلًا
الخنزير إن كان الشفع ذميا، وبقيمتها^(١) لو مسلما،
أى وأخذها على الأرض المشفوعة
وبالثلث^(٢) وقيمة البناء والغرس لو بنى المشتري، أو غرس،
أى قلع البناء والغرس أى البناء والغرس
أو كلف المشتري قلعهما، وإن^(٣) فعلهما^(٤) الشفع
الأرض بعد ذلك الشفع على المشتري أى لا بقيمة البناء والغرس. وأخذها الشفع
فاستحقت رجوع بالثلث فقط، وبكل^(٥) الثمن إن خربت

للبيع بالكل. (الزيلعي)

(١) وطريق معرفة قيمة الخمر والخنزير بالرجوع إلى ذمى أسلم، أو فاسق تاب، ولو اختلف فيه،
فالقول للمشتري. (الطائي)

(٢) قوله: "بالثلث" أى إذا بنى المشتري أو غرس فى الأرض المشفوعة، ثم قضى للشفع
بالشفعة، فالشفيع بالخيار إن شاء أخذها بالثلث وقيمة البناء والغرس مقلوعاً، وإن شاء كلف المشتري
قلعهما، فيأخذ الأرض فارغةً وعن أبى يوسف رحمه الله لا يكلفه بالقلع، بل يكون بالخيار بين أن
يأخذها بالثلث وقيمة البناء والغرس وبين أن يترك؛ لأن المشتري محق فى البناء، وليس بتعد إذ بنى فى
ملكه المشتري، والتكليف بالقلع من أحكام العدوان، وبه قال الشافعى.

ولنا أنه بنى فى محل ظهره تعلق حق متأكد للغير هو الشفع من غير تسليط، فيأمر الشفع
بالنقص، كالغاصب إذا بنى؛ لأن حق الشفع أقوى من حق المشتري لتقدم حق الشفع عليه، ولذا
ينقض الشفع بيع المشتري وهبته، وجعله مسجداً ومقبرة، وجعل تصرفه كالتصرف فى ملك الشفع فى
حق النقص، وله أن ينقض المسجد، وينش الموتى. (الزيلعي والمجمع)

(٣) قوله: "وإن" معناه أن الشفع لو أخذ الأرض بالشفعة، فبنى فيها أو غرس، ثم استحقت
فكلف المستحق الشفع بالقلع، فقلع البناء والغرس رجوع الشفع على المشتري بالثلث؛ لأنه تبين أن
المشتري أخذ الثمن من الشفع بغير حق؛ لأن الأرض لم تكن فى ملكه، فيسترد منه الثمن، ولا يرجع
بقيمة البناء والغرس، لا على البائع إن كان أخذها منه، ولا على المشتري إن أخذها منه معناه لا يرجع
بما نقص بالقلع، وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يرجع به؛ لأنه متملك عليه، فكان كالمشتري.

ووجه الظاهر وهو الفرق بينه وبين المشتري أن المشتري مغرور من جهة البائع، ومسلط عليه من
جهته، ولا غرور ولا تسليط للشفع أخذها منه جبراً. (الزيلعي)

(٤) هى مسألة الغرور المستثناة من كون الشفعة كالبيع. (ط)

(٥) قوله: "وبكل" يعنى لو اشترى أرضاً فيها بناء أو غرس، فانهدم البناء من غير صنع أحد،
يأخذها الشفع بكل الثمن، ولا يسقط من الثمن شئ؛ لأنها تابعان للأرض يدخلان فى بيعها من غير
ذكر، فلا يقابلها شئ من الثمن، ولهذا يد بيعها فى هذه الحالة من غير بيان، بخلاف ما إذا أتلف
بعض الأرض بغرق حيث يسقط من الثمن بحصته؛ لأن الفاتئ بعض الأصل أخذ إذا انهدم البناء، ولم

بعد شراء المشتري من غير صنع أحد بلا فعل أى وأخذها من الثمن
 الدار، أو جفف الشجر، وبحصته^(١) العرصة إن نقض
 المشتري البناء، و النقض^(٢) له، وبثمرها^(٣) إن ابتاع أرضاً
 ونخلا وثمرًا، أو أثمر^(٤) في يده، وإن جذه^(٥) المشتري سقط^(٦)

يَبْقَى له نقض ولا من الشجر شيء من حطب أو خشب، وأما إذ بقي شيء من ذلك، وأخذ المشتري، فلا بد من سقوط بعض الثمن بحصته ذلك؛ لأنه عين مال قائم بقي محتسباً عند المشتري فيكون حصته من الثمن، فيقسم الثمن على قيمة الدار يوم العقد، وعلى قيمة النقض يوم الأخذ. (التكملة)

(١) قوله: "وبحصته" أى يأخذ الشفيع العرصة بحصتها من الثمن إن نقض المشتري البناء؛ لأنه صار مقصوداً بالإتلاف والتبع إذا صار مقصوداً به يقابله شيء من الثمن، بخلاف الأول؛ لأن الهلاك فيه بأفة سماوية، فإذا كان حصّة من الثمن يقسم الثمن على قيمة الأرض والبناء يوم العقد عليها، بخلاف المسألة الأولى، وهو ما إذا انهدم بنفسه، وكان النقض باقياً حيث يعتبر فيها قيمة النقض يوم الأخذ بالشفعة؛ لأنه صار له قيمة بالحبس، ونقض الأجنبي البناء كنقض المشتري. (الزيلعي)

(٢) قوله: "والنقض [بكسر النون بمعنى المنقوض، وجاء النقض بفتح تحتين - العينى - أى البناء المنقوض للمشتري لا للشفيع؛ لأن صار مفصولاً فلم يبق تبعاً] أى النقض للمشتري؛ لأن الشفيع إنما كان يأخذه بطريق التبعية للعرصة، وقد زالت بالاتصال. (الزيلعي)

(٣) قوله: "وبثمرها" أى يأخذ الشفيع مع ثمرها إن كان المشتري اشترى الأرض مع ثمرها، بأن شرطه فى البيع، أو أثمر عند المشتري الشراء؛ لأن الثمر لا يدخل فى البيع إلا بالشرط؛ لأنه ليس بتبع، بخلاف النقل، والقياس أن لا يكون له أخذ الثمر لعدم التبعية، كالمنازع الموضوع فيها، ووجه الاستحسان أنه بالاتصال خلفه صار تبعاً من وجه. (الزيلعي)

(٤) أى أو اشترى أرضاً، ثم أثمر النخل فى يد المشتري بعد الشراء. (العينى)

(٥) بالذال المعجمة المشددة، أى وإن قطع المشتري الثمر فيما إذا اشتراها بالثمر بالشرط.

(٦) قوله: "سقط" هنا فصلان: الأول: ما إذا اشتراها بثمرها بالشرط، فكان له، فيسقط من الثمن بحصته، وإن هلك بأفة سماوية فكذلك، والمذكور فى "المختصر" جواب هذا الفصل؛ لأنه دخل فى البيع مقصوداً، فيقابله شيء من الثمن.

والثانى: هو ما إذا أثمر عند المشتري، وحكمه أن يأخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن؛ لأن الثمر لم يكن موجوداً عند العقد، فلا يكون بيعاً، فلا يقابله شيء من الثمن، ويأخذ المشتري فى الفصلين - أى إذا أثمر فى يده أو كان مثمرًا حين العقد - لا الشفيع؛ لأنه صار مفصولاً، فلم يبق تبعاً، لكن سقط حصته من الثمن - فى الفصل الأول - لأنه صار مقصوداً بالإتلاف (عز)

حصته من الثمن.

ذكر تفصيل بعد ذكر الوجوب مجملاً ؛ لأن التفصيل بعد الإجمال

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

أى لا تجب الشفعة

على صيغة المجهول صفة عقار

إنما^(١) تجب الشفعة في عقار ملك بعوض هو مال، لا^(٢)

أى لا تجب أيضاً في دار

صفة بناء ونخل

أى لا تجب في بناء

في عرض، وفلك وبناء^(٣) ونخل بيعاً بلا عرصه، ودار^(٤)

(١) قوله: "إنما" أى لا تجب الشفعة إلا في عقار ملك بعقد عوض مالى، فقوله: عقار، يتناول ما يقسم وما لا يقسم، والشافعى رحمه الله يخالفنا فى ما لا يقسم، كالبئر والرحاء والحمام والنهر والطريق وبيت صغير لا ينتفع إذا قسم، وهذا الاختلاف مبنى على أصل المختلف بيننا وبين الشافعى، إذ عنده وجوب الشفعة لدفع مؤنة القسمة، فلا يستحق إلا فيما يقسم، وعنده فالدفع ضرر سواء العشرة على الدوام، فبنى كل على قاعدته.

والنصوص تشهد لنا؛ لأنها مطلقة فتتناول ما يقسم وما لا يقسم، قال عليه الصلاة والسلام: «الشفعة فى كل عقار أو ربع»، رواه إسحاق بن راهويه فى "مسنده"، والطحاوى فى "شرح الآثار" كلاهما عن ابن عباس مرفوعاً كل منهما بإسناد غير إسناد الآخر.

قيّد بقوله: بعوض، احترازاً عما إذا ملك بالهبة، فإن أشهد لا تجب فيها، وبقوله: هو مال، عما إذا ملك بعوض هو غير مال، كالمهر والخلع والصلح عن دم العمد، فإن الشفعة لا تجب فى هذه الأشياء؛ لأن ثبوتها بالآثار على خلاف القياس فى معاوضة مال بمال، فيقتصر عليه.

ولو قال: إنما تجب الشفعة قصداً فى... إلخ لكان أولى؛ لأن الشفعة تثبت فى غير العقار بتبعية العقار، كالثمر والشجر. (عز)

(٢) قوله: "لا" أى لا تجب الشفعة فى عرض وسفينة، وقال مالك رحمه الله: تجب فى السفينة؛ لأنها تسكن كالعقار، ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «لا شفعة إلا فى ربع أو حائط -الربع الدار والحائط البستان-» رواه البزار مرفوعاً.

فإن قيل: فيجب أن لا تثبت الشفعة فى الأرض الخالية؟ فإنها ليست بربع ولا حائط؟ قلنا: الحصر فيه إضافى بالنسبة إلى العروض والسفن، والقرينة عليه الحديث فى أول هذا الباب، فإن العقار على ما قال جمهور الشراح: كل ما له أصل من دار أو ضيعة، فقد شمل العقار للأرض الخالية (عز)

(٣) قوله: "وبناء" أى لا تجب الشفعة فى بناء ونخل بيعاً بلا عرصه؛ لأنهما لا قرار لهما لاحتمال امتناع صاحب الأرض عن إبقاءهما، فكانا نقليين، بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة، ويستحق به الشفعة؛ لأنه بماله من القرار التحق بالعقار.

وفى "الزيلعى": حق التعلّى يبقى على الدوام، وهو غير منقول، وذلك إذا لم يكن طريقه طريق السفلى، وإن كان طريقهما يستحق بالطريق الشفعة على أنه خليط فى الحقوق وهو الطرق (عز)

بأن تزوج عليها امرأة بأن خالعهما على دار فدفعتهما إليه
 جعلت مهرًا، أو أجرة^(١)، أو بدل خلع، أو بدل صلح عن دم
 بأن أعتق عبده على دار الدار
 عمد^(٢)، أو عوض عتق، أو وهبت^(٣) بلا عوض مشروط، أو
 الدار الدار
 بيعت^(٤) بخيار البائع، أو بيعت فاسدًا ما لم^(٥) يسقط حق

(٤) قوله: "ودار" إلى قوله: عتق، خلافًا للشافعي في المسائل الخمس، ولنا أن هذه الأعراض ليست بأموال، وتقدم آنفًا أن ثبوت الشفعة على خلاف القياس في مبادلة مال بمال. ولو تزوجها بغير مهر، ثم فرض لها عقارًا مهرًا، لم تكن فيها الشفعة؛ لأنه تعين لمهر المثل، وهو مقابل بالبيع، بخلاف ما لو باعها العقار بمهر مثله، أو بالمسمى عند العقد، أو بعده حيث تثبت فيه الشفعة؛ لأنه مبادلة مال بمال؛ لأنه أعطاهما من العقار بدل عما في ذمة من المهر. (الكشف وحاشيته والزيلي)

(١) بأن استأجر حمارًا بدار فدفعها إلى عوض الأجرة.

(٢) قيد بقوله: عن دم عمد احترازًا عن الخطأ.

(٣) قوله: "أو وهبت" أما الهبة بعوض مشروط فبيع انتهاء، فيجوز الشفعة في كل منهما، بخلاف العوض الغير المشروط؛ لأن كلا منهما هبة مطلقة، إلا أنه أثبت منها فامتنع الرجوع. (الكشف وحاشيته)

(٤) قوله: "أو بيعت" أي لا شفعة في البيع بسبب البيع بخيار للبائع؛ لأن خياره يمنع خروج المبيع عن ملكه إلا بعد سقوطه، أي سقوط الخيار، بأن أسقط البائع؛ لأن المانع من خروج المبيع عن ملكه قد زال، فصار البيع كأنه وقع لازمًا من الأصل.

قيّدنا الخيار بكونه للبائع، كما هو الظاهر من البيع بخيار؛ لأن خيار المشتري يوجب الشفعة، أما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فلأن المشتري صار مالكًا، أما عند أبي حنيفة رحمه الله فيخرج المبيع عن ملك البائع، وحق الشفعة يعتمد انقطاع حق البائع لا ثبوت الملك للمشتري حتى لو أقر البائع بالبيع، وأنكر المشتري يجب الشفعة. (شرح النقاية)

(٥) قوله: "ما لم" أي لا شفعة في دار بيعت بيعًا فاسدًا حتى يسقط حق الفسخ بشيء يسقطه، كالبناء، لأن البيع الفاسد قبل القبض لا يفيد الملك للمشتري، فيكون ملك البائع باقياً على حاله، فلا يثبت للشفيع فيه حق مع بقاء ملكه، وبعد القبض وإن كان يفيد له لكن حق البائع باقٍ فيها، ألا ترى أنه واجب الرفع لدفع الفساد، ولهذا يحرم على المشتري التصرف فيها، وفي إثبات الحق له تقريره، فلا يجوز؛ لأنه لو جاز لتحول ذلك الفساد بعينه إلى الشفيع.

بخلاف الدار المشتراة بخيار الشرط للمشتري، حيث يأخذها الشفيع لخروجها عن ملك البائع، ولم يتعلق له فيها حق، ولهذا جاز للمشتري التصرف فيها، بخلاف المشتري في البيع الفاسد، ثم إذا سقط حق الفسخ زال المانع من وجوب الشفعة، فتجب وهو المراد بقوله: ما لم يسقط حق الفسخ

أى ببناء المشتري فيها الدار فلا شفعة لجارهم أى سلم الشفعة الشفعة
الفسخ بالبناء، أو قسمت^(١) بين الشركاء، أو سلمت^(٢) شفعته
 الدار إلى البائع أى بقضاء قاض لا تجب الشفعة أيضاً. الشفعة
ثم ردت بخيار رؤية أو شرط أو عيب بقضاء، وتجب^(٣) لو

بالبناء، أى بناء المشتري فيها؛ لأن حق البائع ينقطع به عند أبى حنيفة رحمه الله، وعندهما لا ينقطع به، فلا تجب فيها الشفعة.

وتخصيصه بالبناء لا فائدة فيه؛ لأن شرط وجوب الشفعة أى ينقطع حق البائع بإخراج المشتري المبيع بالبيع أو غيره على ما عرف في البيع الفاسد، فإن أخرجه عن ملكه بالبيع، كان للشفيع أن يأخذها بأى البيعين شاء، لانقطاع حق البائع، فإن أخذه بالبيع الثانى أخذه بالثمن؛ لأن البيع الثانى صحيح، والواجب فيه الثمن، فيأخذه به.

وإن أخذها بالبيع الأول أخذها بقيمتها؛ لأن الواجب فيه القيمة، ولا يعود حق البائع بنقض البيع الثانى، ليأخذها الشفيع؛ لأن البيع الثانى كان صحيحاً مفيداً للملك، وإنما فسخ لحق الشفيع، ولو عاد حق البائع لبطل حق الشفيع، ومن المحال أن يبطل حقه بالفسخ لأجله؛ لأن ما يكون من مقتضيات حق شخص لا يثبت على وجه يبطل حقه، وكذا إن أخرجه عن ملكه بغير البيع كالهبة أو جعله مهراً، أو غير ذلك نقض تصرفه، وأخذه بقيمه، لما ذكرنا.

وإن بيعت دار بجنبها قبل القبض، فللبائع الشفعة فى المبيعة لبقاء ملكه فيها، وإن سلمها إلى المشتري، فهو شفيعها؛ لأن الملك له، ولا يؤدى أخذها إلى تقرير الفساد؛ لأن الفسخ ممكن بعد الأخذ بالشفعة، ولا فساد فى المأخوذ بخلاف المشتراة شراءً فاسداً؛ لأن أخذها بالشفعة يؤدى إلى تقرير الفساد على ما بينا. (الزيلعى)

(١) قوله: "أو قسمت" أى لو قسمت الدار بين الشركاء، لا تجب الشفعة لجارهم بالقسمة بينهم؛ لأن القسمة فيها معنى الإقرار، ولهذا يجرى فيها الجبر والشفعة لم تشرع إلا فى المبادلة المطلقة، وهى المبادلة من كل وجه. (الزيلعى)

(٢) قوله: "أو سلمت" أى إذ أسلم الشفيع الشفعة ثم ردت إلى البائع بخيار الرؤية، أو شرط كيفما كان أو ببيع بقضاء قاض، لا تجب الشفعة فيها؛ لأنه فسخ من كل وجه، فلا يمكن أن يجعل فيها عقداً جديداً، فعاد إلى قديم ملك البائع، والشفعة تجب فى الإنشاء لا فى الاستمرار، والبقاء على ما كان، ولا فرق فى ذلك بين أن يكون الفسخ قبل القبض أو بعده. (الزيلعى)

(٣) قوله: "وتجب" أى تجب الشفعة إن ردها المشتري ببيع بغير قضاء القاضى، أو تقايلا البيع، وقال زفر رحمه الله: لا تجب؛ لأن شفعته قد بطلت بالتسليم، والرد بالعيب بغير قضاء، وإقالة، والإقالة فسخ العقد هما ذلك، والعبرة لقصد المتعاقدين.

قلنا: الإقالة مثبته للملك بتراضيهما كالبيع، غير أنهما قصداً الفسخ فيصح فيما لا يتضمن إبطال حق الغير؛ لأن لهما ولاية على أنفسهما، فيكون فسخاً فى حقهما، ولا ولاية لهما على غيرهما، فيكون بيعاً جديداً فى حق الشفيع لوجود حد البيع فيها، وهو مبادلة المال بالمال بتراضيهما، فيتجدد له بها حق الشفعة. (الزيلعى ههنا تحقيق شريف للزيلعى)

الدار بخيار عيب. القاضي
ردت بلا قضاء أو تقايلاً^(١).

تأخير البطلان عن الثبوت مما لا يحتاج إلى بيان وجه

باب^(٢) ما تبطل به الشفعة

وتبطل^(٣) بترك طلب الموائبة^(٤) أو التقرير^(٥)، وبالصلح^(٦) أي يصلح المشتري الشفيع
أي لا تبطل الشفعة
من الشفعة على عوض، وعليه رده^(٧)، وبموت^(٨) الشفيع لا

(١) بعد القبض لأنه قبله فسخ من الأصل، وهو إنما يستقيم على قول محمد، كما في الزيلعي.

(٢) قوله: "باب" أعلم أن تسليم الشفعة قبل البيع لا يصح، وبعده يصح علم الشفيع بوجوب الشفعة أو لم يعلم، علم من أسقط عليه هذا الحق أو لم يعلم؛ لأن تسليم الشفعة إسقاط حق، ولهذا يصح من غير قبول، ولا يرتد بالرد، وإسقاط الحق يعتمد وجوب الحق دون علم المسقط والمسقط إليه، كالطلاق والعتاق. (الطحاوي)

(٣) قوله: "وتبطل" أي تبطل الشفعة بترك طلب الموائبة أو طلب التقرير حين علم مع القدرة عليه بأن لم يشد أحد فمه، أو لم يكن في الصلاة؛ لأنها تبطل بالإعراض وترك الطلبين، أو أحدهما مع القدرة عليه دليل الإعراض. (الزيلعي)

(٤) بأن لم يشهد على أحد المتبايعين عند العقد.

(٥) أي أو بترك طلب التقرير.

(٦) قوله: "وبالصلح" أي تبطل الشفعة إذا صالح المشتري الشفيع على عوض، وعلى الشفيع رد العوض؛ لأن حق الشفعة ليس بمقرر في المحل، وإنما هو مجرد حق التملك، فلا يجوز أخذ العوض عنه، بخلاف القصاص؛ لأنه حق مقرر؛ لأنه ملك المحل في القتل، ولذا يتمكن من الاستيفاء بلا قضاء ولا رضی، بخلاف الطلاق والعتاق؛ لأنه اعتياض عن ملك في المحل. (عز)

(٧) أي رد ما أخذ من المشتري.

(٨) قوله: "بموت" قبل القضاء أما بعده قبل نقد الثمن، فالبيع لازم لورثته أي بموت الشفيع قبل الأخذ بعد الطلب، أو قبله تبطل الشفعة، ولا تورث عنه، ولا تبطل بموت المشتري، وقال الشافعي: لا تبطل بموت الشفيع أيضاً؛ لأن هذا حق معتبر في الشرع كالقصاص، وحق الرد بالعيب. ولنا أن بموته يزول ملكه عن داره المشفوعة بها، ويثبت الملك للوارث بعد البيع، وقيامه وقت البيع، وبقاءه للشفيع، أي وقت القضاء شرط، وإنما لا تبطل بموت المشتري لأن المستحق باقٍ، ولم يتغير سبب حقه، وإنما حصل الانتقال إلى الورثة في الدار المشفوعة، وذلك حقه، كما إذا انتقل إلى غيره بسبب

أى وتبطل أيضاً وهو الدار التى يشفع بها أى قبل حكم الحاكم
 المشتري، وبيع^(١) ما يشفع به قبل القضاء بالشفعة، ولا^(٢)
 أى للذى باع الوكالة الشفع. وهو تبعه الاستحقاق.
 شفعة لمن باع، أو بيع له، أو^(٣) ضمن الدرك عن البائع،
 ومن^(٤) ابتاع أو ابتيع له فله^(٥) الشفعة، وإن قيل للشفيع: إنها
 بيعت بألف فسلم ثم علم أنها بيعت بأقل، أو^(٦) بئر، أو شعير
 قيمته ألف، أو أكثر، فله^(٧) الشفعة، ولو بان أنها بيعت بدنانير

آخر، فينقضه، ويأخذها بالشفعة. (الزيلعى والكشف بتصرف)

(١) قوله: "وبيع" أى تبطل الشفعة ببيع الدار التى يشفع بها قبل الأخذ بالشفعة؛ لأن سبب استحقاقه قد زال قبل تملكه، ولا فرق بين أن يكون عالمًا وقت بيع داره بشراء المشفوعة، أو لم يكن عالمًا؛ لأنه لا يختلف فى الحالين، فصار كالتسليم الصريح، فإنه لا يختلف بين أن يعلم بيعها، أو لم يعلم. (الزيلعى)

(٢) قوله: "ولا" صورتها دار بين ثلاثة، وكل أحدهم آخر منهم ببيع نصف حصته، فباعه، فإنه ليس للوكيل ولا للموكل حق الشفعة بالشركة فى نفس المبيع؛ لأن الأول بائع، والثانى مبيع له، بقيت للشريك الثالث وجه عدم الشفعة أن البائع بالأخذ بالشفعة يسعى فى نقض ما تم من جهته، وهو البيع؛ لأنه بعد الأخذ يسمى مشتريًا لا بائعًا، وقد كان بائعًا. (الكشف)

(٣) قوله: "أو" يعنى إذا ضمن الدرك عن البائع وهو شفيع، فلا شفعة له؛ لأن البيع تم بضمانه، حيث لم يرض المشتري إلا بضمانه. (الزيلعى والكشف)

(٤) قوله: "ومن" صورتها: دار بين ثلاثة، وكل أحدهم آخر منهم بشراء نصيب الثالث، كان للوكيل والموكل حق الشفعة، فيقدمان على الشريك فى حق المبيع وعلى الجار الملاصق؛ لأنهما خليطان فى نفس المبيع. (الكشف)

(٥) قوله: "فله" لأن الشفعة تبطل بإظهار الشفع الرغبة عن المشفوع، ولا يبطل بإظهار الرغبة فيه، وفى الشراء إظهار الرغبة، فلا يكون إبطالاً للشفعة، وفى البيع إظهار الرغبة عنه، فيكون إبطالاً لها. (شرح النقاية)

(٦) أى أو علم أن الدار بيعت ببئر... إلخ.

(٧) قوله: "فله" لأنه إنما سلم لاستكثار الثمن فى الأول، ولتعذر الجنس الذى بلغه، وتيسير ما بيع به فى الثانى، إذ الجنس مختلف، وكذا كل مكيل، أو موزون، أو عددى متقارب، بخلاف ما إذا علم أنها بيعت بعرض قيمته ألف، حيث لا يبطل تسليمه؛ لأن الواجب فيه القيمة، وهى دراهم أو

الحملة صفة لدنانير
 قيمتها ألف فلا^(١) شفعة، وإن قيل له: إنه اشترى فلان فسلم^(٢)
 أي إن باع رجل داره
 فبان أنه غيره، فله^(٣) الشفعة، وإن^(٤) باعها إلا ذراعاً في جانب
 لا تقطاع الجوار أي اشترى أي من الدار معين
 الشفيع، فلا شفعة له، وإن ابتاع منها سهماً^(٥) بثمن، ثم ابتاع
 أي بقية الدار بما اشترى
 بقيتها، فالشفعة للجار في^(٦) السهم الأول فقط^(٧)، وإن
 أي إن اشترى إلى البائع أي عوضاً عن الثمن أي الشفعة تجب للشفيع بالثمن
 ابتاعها^(٨) بثمن، ثم دفع ثوباً عنه، فالشفعة بالثمن لا الثوب،
 دنانير . (الكشف)

(١) قوله: "فلا" وهذا قول أبي يوسف رحمه الله، وهو استحسان، والقياس أن يثبت له حق الشفعة، وهو قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله؛ لأن الجنس مختلف حقيقةً وحكمًا، ولهذا جاز التفاضل بينهما في البيع، وجه الاستحسان أنهما جنس في الثمنية، وكلامنا فيه، ولهذا يضم أحدهما إلى الآخر في الزكاة. (الزيلعي)

(٢) شفعة إما إكراماً له أو خوفاً من شره.

(٣) لتفاوت الناس في الأخلاق، فمنهم من يرغب في معاشرة، ومنهم من يجتنب مخافة شره.

(٤) قوله: "وإن" معناه إذا باع العقار إلا مقدار ذراع في طول الحد الذي يلي الشفيع، فلا شفعة؛ لأن الاستحقاق بالجوار، ولم يوجد الاتصال بالمبيع، وكذا لو وهب هذا القدر للمشتري لعدم الافتراق، وهذه حيلة. (الزيلعي)

(٥) دون السهام الباقية.

(٦) لأن المشتري شريك في البقية، فيقدم على الجار.

(٧) قوله: "فقط" لأن الشفيع جار في السهم الأول، والمشتري شريك في السهم الثاني، وهو مقدم على الجار، ولو أراد الحيلة يشتري السهم الأول بجميع الثمن إلا درهماً، فلا يرغب الجار في أخذه لكثرة الثمن، لا سيما إذا كان جزءً قليلاً فالعشر أو أقل مثلاً. (التكملة والمجمع)

(٨) قوله: "وإن ابتاع" أي إن اشترى الدار بثمن كثير، كألف مثلاً، ثم دفع عن الثمن ثوباً يساوي مائة درهم مثلاً، أخذها الشفيع بالثمن لا بقيمة الثوب؛ لأن الثوب عوض عما في ذمة المشتري، فيكون البائع مشترياً للثوب بعقد آخر غير العقد الأول، وهذه الحيلة تعم الجوار والشركة؛ لأنه يبتاع العقار بأضعاف قيمته، ويعطيه بها ثوباً قيمته قدر قيمة العقار غير أنه يخاف أن يتضرر البائع بذلك؛ لأنه لو استحققت الدار تبقى الدراهم كلها في ذمة البائع لوجوبه عليه بالبيع الثاني، ثم أبرأته كانت حصلت بطريق المقاصة بثمن العقار، فإذا استحق تبين أنه ليس عليه ثمن العقار، وبطلت المقاصة، فيجب على

ولا^(١) يكره الحيلة لإسقاط الشفعة والزكاة^(٢)، وأخذ^(٣) حظ

البائع الثمن كله، ثم إذا استحق العقار تبين أن لا دين على المشتري، فيبطل الصرف للافتراق قبل القبض، فيجب رد الدنانير لا غير، والحيلة الأولى تختص بالجار وهذه لا.

وحيلة أخرى تعم الجار والشريك أن يشتريه بأضعاف قيمته من الدراهم، ثم يوفيه من الدراهم قدر قيمة العقار، إلا قدر قيمة الدينار مثلاً، فيعطيه الدينار بالباقي، فيصير صرفاً فيه، ثم إذا استحق المشفوع برد ما قبض كله، فغير الدينار على أنه بدل عن العقار المستحق، والدينار لبطلان الصرف. (الزيلعي والمجمع)

(١) قوله: "ولا" وهذا عند أبي يوسف؛ لأن التالي لدفع الضرر عن نفسه مباح، وإن تضرر الغير في ضمنه، وهو رواية عن الإمام، ويقول أبي يوسف رحمه الله: يفتى قبل وجوبها، وإن بعد وجوبها فمكروهة بالإجماع، وعند محمد تكره؛ لأنها وجبت لدفع الضرر، وهو واجب، وإلحاق الضرر به حرام.

وقال الشافعي رحمه الله: قيل: لا تكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بالإجماع، وإنما الخلاف في فضل الزكاة، والمختار عندي أن لا تكره في الشفعة دون الزكاة، كما في "شرح الكنز" للعيني، وفي "التنوير": ولا حيلة لإسقاط الحيلة لما قال البيهقي، وطلبناها كثيراً فلم نجدها. (المجمع)

(٢) كان يهب ما وجبت فيه الزكاة، ولا نية الصغير قبل الحول، أو يتصدق قبله بما ينقض النصاب، ولو بشيء قليل.

(٣) قوله: وأخذ معناه أن المشتري إذا تعدد بأن اشترى جماعة عقاراً والبائع واحد، يتعدد الأخذ بالشفعة بتعدددهم، حتى كان للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم، ويترك الباقي، وإن تعدد البائع، بأن باع جماعة عقاراً مشتركاً بينهم، والمشتري واحد، لا يتعدد الأخذ بالشفعة بتعدددهم، حتى لا يكون للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم دون بعض، والفرق أن الشفع في الوجه الثاني يأخذ نصيب بعضهم تتفرق الصفقة على المشتري، فيتضرر به زيادة الضرر بالأخذ منه، ويعيب الشركة، وهي شرعت على خلاف القياس لدفع الضرر عن الشفع، فلا تشرع على وجه يتضرر به المشتري ضرراً زائداً سوى الأخذ.

وفي الوجه الأول يقوم الشفع مقام أحدهم، فلا تتفرق الصفقة على أحد، ولا فرق في هذا بين أن يكون قبل القبض أو بعده في الصحيح، إلا أن الشفع لا يمكنه أن يأخذ نصيب أحدهم إذا نقد حصته من الثمن حتى ينقد الجميع، كيلا يؤدي إلى تفريق اليد على البائع بمنزلة المشتري أنفسهم؛ لأنه كواحد منهم.

وكما إذا كان المشتري واحداً، فنقد البعض من الثمن، وسواء سمي لكل البعض ثمناً، أو سمي للكل جملة؛ لأن العبرة في هذا لاتحاد الصفقة لا لاتحاد الثمن واختلافه، والمعتبر في التعدد والاتحاد العاقد دون المالك، حتى لو وكل واحد جماعة بالشراء، فاشتروا له عقاراً واحداً صفقة واحدة أو متعددة كان للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم.

ولو وكل جماعة واحداً به ليس للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم؛ لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقد،

أى يتعدد بتعدد... إلخ أى يتعدد رجل
 البعض بتعدد المشتري لا بتعدد البائع، وإن^(١) اشترى نصف
 أى النصف أى نصيبه الذى حصل له القسمة
 دار غير مقسوم أخذ الشفيع حظ^٣ المشتري بقسمته، وللعبد^(٢)
 المأذون^(٣) المديون الأخذ بالشفعة من سيده كعكسه^(٤)،

وهو أصيل فيه، فيتحد باتحاده، ويتعدد بتعددده. (ز)

(١) قوله: "وإن" أى لو اشترى نصف دار غير مقسوم، فقام المشتري البائع، أخذ نصيب المشتري الذى حصل له بقسمة، وليس له أن ينقض القسمة، سواء كانت القسمة بحكم أو بالتراضى؛ لأن القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع، بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين نصيبه من دار مشتركة، وقاسم المشتري الذى لم يبع، حيث يكون للشفيع نقضه؛ لأن العقد لم يقع من الذى قاسم، فلم تكن القسمة من تمام القبض الذى هو حكم البيع الأول، بل هو تصرف بحكم الملك، فينقضه الشفيع.

كما لو اشترى اثنان داراً، وهما شفيعان، ثم جاء شفيع ثالث بعد ما اقتسما بالقضاء أو بالتراضى، فللشفيع أن ينقض القسمة.

وفى "الهداية": ثم إطلاق الجواب فى الكتاب يدل على أن الشفيع يأخذ النصف الذى صار للمشتري فى أى جانب كان، وهو المروى عن أبى يوسف؛ لأن المشتري لا يملك إبطال حقه بالقسمة، وعن الإمام أنه إنما يأخذه إذا دفع فى جانب الدار التى يشفع بها؛ لأنه لا يبقى جاراً فيما يبقى فى الجانب الآخر.

ولا يقال: القسمة فيها معنى المبادلة، والشفيع يملك نقض تصرفاته، فكذا نقض قسمته؛ لأننا نقول: القسمة إفراز من وجه، ولهذا يجرى فيها الجبر، ومبادلة من وجه، ولهذا يجرى فيها أحكام البيع من رد بعيب أو خيار رؤية، ومن حيث إنها إفراز لم يوجد فيها إلا القبض، فباعتبار أنها مبادلة يملك، وباعتبار أنها إفراز لا تملك، فلا تملك بالشفعة. (الزيلعى والمجمع)

(٢) قوله: "وللعبد" معناه إذا باع رجل داراً، وللبائع عبد مأذون له فى التجارة، وعليه دين يحيط بماله ورقبته، للعبد أن يأخذ الدار بالشفعة، وكذا عكسه، وهو ما إذا كان العبد هو البائع، فلمولاه الشفعة؛ لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء، وشراء أحدهما من صاحبه جائز إذا كان على العبد دين؛ لأنه يفيد ملك اليد للعبد لكون المولى لا يملك ما فى يد العبد المديون، أو لكون العبد أحق به، بخلاف ما إذا لم يكن عليه دين، والعبد بائع؛ لأن بيعه لمولاه، ولا شفعة لمن يبع له، بخلاف ما إذا اشترى؛ لأنه ابتيع، وقد بينا أن عين ابتاع أو ابتيع له، لا تبطل شفيعته. (الزيلعى)

(٣) لأنه لا يأخذها لمولاه، بل لنفسه، فكان مفيداً.

(٤) أى كعكس الحكم المذكور، وهو جواز الأخذ بالشفعة.

وصح^(١) تسليم الشفعة من الأب^(٢) والوصى والوكيل^(٣).

(١) قوله: وصحّ يعني إن الحمل والصغير في استحقاق الشفعة كالكبير لاستواءهما في سببه، فيقوم بالطلب، والأخذ، والتسليم من يقوم مقامهما، وهو الأب ثم وصيه، ثم وصيه، ثم الوصى الذي ينصبه القاضي، فإن لم يكن أحد فهو على شفّعه حتى يدرك، وهذا عندهما.

وقال محمد: لا يجوز والصبي على شفعة إذا بلغ، والمؤكل كذلك إذا بلغه الخبر؛ لأنه حق ثابت لهما، فلا يملكان إبطاله، وبه قال زفر، ولهما أن هذه في معنى المبادلة، وهما يملكانها.

وعلى هذا الخلاف بطلان الشفعة بسكوت الأب والوصى عند العلم بالشراء، وهذا إذا بيعت بمثل قيمتها، وإن بيعت بأكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس في مثله، قيل: جاز التسليم بالإجماع؛ لأن النظر فيه متعين، وقيل: لا يجوز التسليم بالإجماع، وهو الأصح؛ لأنه لا يملك الأخذ، فلا يملك التسليم، كالأجنبي.

وإن بيعت بأقل من قيمتها بمحابة كثيرة، فعن أبي حنيفة لا يصح تسليم الأب والوصى، ولا رواية عن أبي يوسف، والمراد بالوكيل هنا الوكيل بطلب الشفعة، وأما الوكيل بالشراء فتسليمه الشفعة صحيح بالإجماع، وكذا سكوته إعراض بالإجماع. (التكملة والعيني)

(٢) حتى لو اشترى رجل، أراد شفعيها صبي، فسلم أبوه أو الوصى صح، وليس للصبي أن يأخذها إذا بلغ. (الطائي)

(٣) أى وصح تسليم الشفعة من الوكيل ولكن في مجلس القاضي في غير.

كتاب^(١) القسمة^(٢) هي لغة: اسم للإقسام

هي^(٣) جمع نصيب شائع في معين، وتشتمل^(٤) على أي أحد الشريكين أي نصيبه
الإفراز والمبادلة، وهو^(٥) الظاهر في المثلي^(٦)، فيأخذ^(٧) حظه
حال غيبة صاحبه، وهي^(٨) في غيره، فلا يأخذ^(٩)، ويجبر^(١٠) وهو الشريك الآخر
الآبى من الشركاء

(١) قوله: "كتاب" مناسبة القسمة بالشفعة من حيث إن كلا منهما من نتائج النصيب الشائع، ألا ترى أن أقوى أسباب الشفعة الشركة في نفس المبيع، وتقديم الشفعة على القسمة لما أن التملك بالشفعة ربما يكون سبباً للقسمة، والسبب مقدم على المسبب. (الشلبى)

(٢) قوله: "القسمة" هي مشروعة بالكتاب العزيز، قال تعالى: ﴿وَبَيَّنَّهٗمُ أَنْ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ﴾ وقال تعالى: ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ﴾ وبالسنة الشريفة؛ لأنه ﷺ باشرها في الغنائم والموارث، وعلى جوازها انعقد الإجماع. (الطحطاوى)

(٣) قوله: "هي" هذا معناه شرعاً؛ لأن ما من جزء معين إلا هو مشتمل على نصيبه، فكان ما يقبضه كل واحد منهما نصفه ملكه، ونصف ملك صاحبه، فإذا وقعت القسمة صار حصة صاحبه فيما وقع في نصيبه عوضاً عما فإنه في نصيب صاحبه. (التكملة)

(٤) قوله: "وتشتمل" أي القسمة تشتمل على شيئين: أحدهما: الإفراز، وهو أخذ في حقه، والثاني: المبادلة، فما يأخذه كل من الشريكين نصفه ملكه، ولم يستفده من صاحبه، فكان إفرازاً، والنصف الآخر كان لصاحبه، فصار له عوضاً عما في يد صاحبه، فكان مبادلة. (عز)

(٥) قوله: "وهو" أي الإقرار ظاهر في المثلي لعدم التفاوت بين الذي أتى إلى أحد الشريكين وبين الذي ذهب منه، والمبالاة ظاهر في غير المثلي للتفاوت بين الآتى والذاهب. (الكشف مع تغيير وزيادة)

(٦) أي فيما له مثل كالمكيل والموزون والعددي المتقارب.

(٧) تفريع على كون الإفراز ظاهراً في المثلي.

(٨) أي المبادلة هي الظاهرة في غير المثلي.

(٩) تفريع على كون المبادلة ظاهرة في غير المثلي.

(١٠) قوله: "ويجبر" ولما كانت هنا مظنة توهم عدم الإيجابار على القسمة في غير المثلي لرجحان

كالغنم والثياب والصوف مثلاً

كالغنم والثياب والصوف مثلاً

فى متحد الجنس عند^(١) طلب^(٢) أحد الشركاء لا فى غيره،

أى استحب موصوف الجملة صفة لقاسم بين الناس. أى بلا أخذ أجر منهم

ونذب^(٣) نصب قاسم رزقه من بيت المال ليقسم بلا أجر،

أى وإن لم يتيسر نهيب قاسم رزقه من بيت المال بين الناس فى القسمة

والإ^(٤) فينصب قاسم يقسم بأجر بعدد الرؤوس، ويجب

أن يكون عدلاً أميناً عالماً بالقسمة، ولا يتعين^(٥) قاسم واحد،

المبادلة فيه، ولا إجبار فى المبادلات إزالة لقوله: ويجبر... إلخ، فالإجبار إنما هو لتعلق حق الغير، كما أن المشتري يجبر على التسليم إلى الشفيع مع أنه مبايعه، وإنما يجبر لحق الشفيع. (الكشف)

(١) قوله: "عند" أى إذا طلب بعض الشركاء القسمة يجبر الأبى على القسمة فى متحد الجنس، سواء كان من ذوات الأمثال. (الزيلعى)

(٢) قوله: "طلب" شرط الطلب؛ لأنه سأل القاضى أن يخلص له انتفاع بنصيبه، ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه، فعلى القاضى إجابته، فالإجبار إنما هو لهذه الضرورة، فإذا انتفت بأن لم يسأله انتفى الإجبار؛ لأن القسمة إنشاء المبادلة، ولا إجبار فى الإنشاءات. (الكشف مع زيادة)

(٣) لأنها من جنس عمل القضا من حيث إنها تتم بها قطع المنازعة، فأشبهه رزق القاضى.

(٤) قوله: "والإ" أى وإن لم ينصب قاسماً رزقه من بيت المال؛ لأن النصب غير واجب حتى يجب النصب بل هو مندوب، فيجوز أن ينصب، وأن لا ينصب، فإن لم ينصب ينصب قاسماً يقسم بين الناس بأجر على المتقاسمين؛ لأن النفع لهم على الخصوص، وليست بقضاء حقيقة حتى للقاضى أن يأخذ الأجر على القسمة، وإن كان لا يجوز له على القضاء، ويقدر له القاضى أجر مثله، كيلا يطمع فى أموالهم، ويتحكم فى الزيادة، والأفضل أن يرزق من بيت المال؛ لأنه أرفق بالعامه.

وقوله: بعدد الرؤوس أى تجب عليهم الأجرة على عدد الرؤوس، ولا تتفاوت الأنصباء، وعندهما على قدر الأنصباء حتى إذا كانت دار بين ثلاثة نفر، لأحدهم النصف، وللآخر الثلث، وللآخر السدس، قسمها بينهم بالأجرة، تكون أثلاثاً على كل واحد ثلث عنده؛ لأن الأجر مقابل بالتميز، وأنه لا يتفاوت، وربما يصعب الحساب بالنظر إلى القليل، وقد ينعكس الأمر، فتعذر اعتباره، فيتعلق الحكم بأصل التمييز، وقال: على قدر الملك أسداساً، ثلاثة أسهم من ستة على صاحب النصف، وسهمان من ستة على صاحب الثلث، وسهم على صاحب السدس، كأجرة حمل الخنطة مشتركة بينهم هكذا، وبه قال الشافعى وأحمد، وأصغى المالكى. (المجمع والزيلعى والكشف)

(٥) قوله: "ولا يتعين" أى لا يعين القاضى قاسماً واحداً للقسمة؛ لأنه يتحكم فى الزيادة على أجر مثله. (المجمع)

ولا يشترك^(١) القسّام^(٢)، ولا يقسم^(٣) العقار بين الورثة بإقرارهم

أى موت مورثهم

حتى يبرهنوا على الموت وعدد الورثة، ويقسم^(٤) فى المنقول

رجلان طلبا القسمة

والعقار المشتري، ودعوى الملك، ولو^(٥) برهنا أن العقار فى

(١) قوله: "ولا يشترك" أى يمنعهم القاضى من الاشتراك كيلا يتضرر الناس؛ لأن الأجرة تصير بذلك غالية؛ لأنهم إذا اشتركوا يتواكلون، وعند عدم الشركة يتبادرون إليها خشى الفوت، فيرخص الأجر بسبب ذلك. (الزيلعى)

(٢) بضم القاف وتشديد السين جمع قاسم.

(٣) قوله: "ولا يقسم" أى إذا طلبت الورثة قسمة العقار فى أيديهم، وأقروا أنهم ميراث لهم من فلان، لا يقسم بمجرد دعواهم حتى يقيموا البينة على موت مورثهم، وعلى عدد الورثة، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله.

وقالا: يقسم القاضى بينهم بإقرارهم، ويكتب ذلك فى صك القسمة؛ لأنه فى أيديهم، واليد دليل الملك، وقد أخبروا بالارث من أبيهم، والأصل فى أخبار المسلم الصدق، ولا منازع لهم فيما أخبروا، فثبت الخبر به، فإذا سألوا القاضى أن يقسم بينهم ملكهم، فعليه أن يجيبهم إلى ذلك تمكيناً لكل واحد منهم من الانتفاع بنصيبه، كما فى المنقول الموروث والعقار المشتري، والبينة إنما تكون على المنكر، ولا منكر هذا، ولا منازع لهم، فلا يفيد البينة، ولكن يذكر القاضى فى كتاب القسمة أنها وقعت منه باعترافيهم ليتذكر بالنظر فيه أن حكم القسمة مقتصر عليهم غير متعد إلى غيرهم حتى لا يكون ذلك قضاء على شريك آخر لهم، ولا على مالك.

ولأبى حنيفة رحمه الله أن الميت يصير مقتضياً عليه بقسمة القاضى، وقولهم: ليس بحجة عليه، فلا بد من إقامة البينة لثبوت بها القضاء على الميت ليصير بعضهم مدعيًا، والبعض الآخر خصماً له على الميت. (عز وشرح النقاية)

(٤) قوله: "ويقسم" أى يقسم فى المنقول الموروث والعقار المشتري، وفيما إذا ادعوا الملك، ولم يذكروا كيفية انتقاله إليهم بقولهم: من غير إقامة البينة، أما فى المنقول الموروث؛ فلأن فى القسمة فيه نظراً؛ لأنه لا يخشى عليه التلف، وفى القسمة حفظه، وجعل مضموناً على القابض فتعينت القسمة، إذ القاضى نصب ناظراً، والعقار محصن نفسه، وهو غير مضمون بالقبض عنه، فلا حاجة إلى القسمة بغير ثبوت، وأما فى العقار المشتري فلأن المبيع زال عن ملك البائع قبل القسمة، فلا يمكن إبقاءه، فلم تكن القسمة قضاء على الغير، وأما فيما إذا ادعوا الملك، ولم يذكروا كيف انتقل إليهم فلأنه ليس فى القسمة قضاء على الغير، فإنهم لم يقرروا بالملك لغيرهم، فيكون مقتضراً عليهم فيجوز. (الزيلعى مع تغيير وتقديم وتأخير)

(٥) قوله: "ولو" يعنى لو أقام رجلان بينته أن العقار فى أيديهما، لم يقسم حتى يبرهنا، ولو طلبا من القاضى أن يقسم بينهما، لا يقسمه بينهما حتى يقيما البينة بأن العقار ملكهما لاحتمال أن يكون

أى أن العقار ملك لهما أى الاثنان أى على موت المورث

أيديهما لم يقسم حتى يبرهن أنه لهما، ولو برهننا على الموت

وعدد الورثة والدار في أيديهما^(١)، ومعها وارث غائب، أو

صبي قسم بطلبهما، ونُصب وكيل^(٢)، أو وصى بقبض نصيبه،

ولو^(٣) كانوا مشترين وغاب أحدهم، أو كان العقار في يد

هو لغيرهما، وهذه عبارة الجامع الصغير، وما تقدم رواية القدوري، وكلاهما في دعوى الملك المطلق، ومثل هذا لا يليق بهذا المختصر . (التكملة)

وأجاب عن هذا بعض المحققين بما لست أحصله. (عز)

(١) قوله: "أيديهما" هكذا في أكثر النسخ العقدة عندنا، وفي بعض الشروح أيديهم، ومعهم مكان قوله: أيديهما ومعهما، وقيل: هذا سهو، والصحيح في أيديهما ومعهما؛ لأنه لو كان في أيديهم مكان البعض في يد الطفل، أو الغائب، وسيأتى أنه إن كان لا يقسم، وأجيب عنه بأنه أطلق الجمع وأورد المثني بقرينة قوله: برهننا. (عز)

(٢) قوله: "وكيل" أى وكيل بقبض نصيب الغائب، أو وصى بقبض نصيب الصبي؛ لأن في نصيبه نظر الصغير والغائب، ولا بد من إقامة البينة عند أبى حنيفة رحمه الله، لما بينا في المسألة الأولى، بل أولى؛ لأن في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير، وعندهما يقسم بقولهم: على نحو ما ذكر هنا، ويشهد أنه قسمها باعتراف الحاضرين، فإن الصغير أو الغائب على حجته. (الزيلعي)

(٣) قوله: "ولو" أى لم يقسم المال المشترك مع غيبة بعضهم في هذه الصور كلها، أما إذا كانوا مشترين، فلأن الملك الثابت ملك جديد بسبب باشره، ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بانه، فلا يصلح الحاضر خصماً عن الغائب، بخلاف الإرث؛ لأن الملك الثابت به ملك خلافة حتى يرد بالعيب فيما اشتراه المورث، ويرد عليه فيما باعه، وهو يصير مغروراً بشراء المورث، فانتصب أحدهما خصماً عن الميت فيما في يده، والآخر عن نفسه، فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين، وصح القضاء لقيام البينة على خصم حاضر، وفي الشراء قامت على خصم غائب، فلا تقبل ولا يقضى عليه.

وأما إذا كان العقار في يد الوارث الغائب فلأن في القسمة قضاء على الغائب بإخراج الشيء من يده من غير خصم حاضر عنه، وكذا إذا كان بعضه في يده، والباقي في يد الحاضر، وكذا إذا كان في يد مودعه، أو في يد الصغير، أو شيء منه؛ لأنه يكون قضاء على الغائب، أو على الصغير من غير خصم عنه؛ لأن الأمين والصغير ليس بخصم.

ولا فرق في هذا الفصل بين إقامة البينة وعدمها في الصحيح، وأما إذا حضر وارث واحد؛ فلأنه لا يصلح أن يكون مخاصماً ومخاصم، فكذا لا يصلح مقاسماً ومقاسماً، فلا بد من حضور شخصين على ما بينا؛ لأنه إن كان خصماً عن نفسه، فليس أحد يخصم عن الميت، والغائب وإن كان خصماً عنهما، فليس أحد يخاصمه عن نفسه ليقيم البينة على، فتعذر الحكم، بخلاف ما إذا كان الحاضر اثنين، .

من الورثة وطلب القسمة جواب لو فى المسائل الثلاث

الوارث الغائب أو الطفل، أو حضر وارث واحد لم يقسم،
 وقسم^(١) بطلب أحدهم لو انتفع كل بنصيبه، وإن^{العقار}
 تضرر الكل لم يقسم^(٢) إلا برضاهم، وإن^{بالقسمة مثل البئر والرحاء}
 انتفع البعض وتضرر البعض لقلة حظه، قسم^(٣)
 بطلب ذى الكثير فقط، ويقسم^(٤) العروض^(٥) من جنس
 (الزيلعى)

(١) قوله: "وقسم" أى إذا انتفع كل واحد من الشركاء بنصيبه بعد القسمة، قسم بطلب أحدهم؛ لأن القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب أحدهم لتعلق حقه بها تحصيلاً للانتفاع. (المجمع والكشف حاشيته)

(٢) لأن القسمة لتكميل المنفعة، وفى هذا تفويته، فيعود على موضوعه بالنقل. (المجمع)

(٣) قوله: "قسم" يعنى يقسم لطلب صاحب الكثير، كذا ذكر الخصاص، ووجهه أن صاحب الكثير يطلب من القاضى أن يخصه بالانتفاع بملكه، ويمنع غيره عن الانتفاع بملكه، وهذا من طلب الحق والإنصاف، فإن له أن يمنع غيره من الانتفاع بملكه، فوجب على القاضى أن يجيبه إلى ذلك، ولا يعتبر ضرر الآخر؛ أنه يريد أن ينتفع بملك غيره، فلا يمكن من ذلك.

ولو طلب صاحب القليل مع أنه لا ينتفع بحقه مع أنه امتنع فى طلب القسمة، فلا يشتغل القاضى بما لا يفيد، وذكر الخصاص أنه إن طلب صاحب القليل قسم، وإن طلب صاحب الكثير لا يقسم، وذكر الحاكم أيهم طلب القسمة يقسم القاضى، والأصح ما ذكر الخصاص؛ لأن القاضى يجب عليه إيصال الحق إلى مستحقه، ولا يلزمه أن يجيبهم إلى إضرار أنفسهم، ومنهم من صحح ما ذكره الحاكم والأول صححاً

(٤) قوله: "ويقسم" أى يقسم القاضى عروضاً إذا اتحد جنسها بطلب بعض الشركاء جبراً لوجود المعادلة بالمالية والمنفعة. (المجمع)

(٥) قوله: "العروض" أى المصنف بلفظ الجمع لتعذر القسمة فى عين واحدة، وكذا فى اثنتين إن اختلفا قيمة لعدم الإيجاب على إدخال الدراهم فى القسمة، وتجرى فى ثلاث شياه بين الرجلين قيمة أحدهما ستة دراهم، والأخرى أربعة دراهم، والثالثة درهمان، فتجعل شاة قيمتها ستة دراهم حصته، والباقيتان حصّة فيقرع.

أو كانت قيمة أحدهما أربعة دراهم، والأخرى ثلاثة دراهم، والثالثة درهمان، فتجعل شاة قيمتها أربعة دراهم مع ربع قيمة شاة قيمتها درهمان - وهو نصف درهم - حصّة - فصارت الحصّة أربعة دراهم

واحد، ولا يقسم^(١) الجنسان والجواهر والرقيق والحمام والبير

راجع للمسائل الست

والرحى إلا برضاهم.

نصف- والبقية- أى شاة قيمتها ثلاثة دراهم مع ما بقى من شاة قيمتها درهمان، وهو درهم ونصف- فالمجموع أربعة دراهم ونصف حصته، ويقرر ويصل إلى كل رجل شاة مستقلة، وتبقى شاة قيمتها درهمان بينهما مربعة، فإن ربعها لمن حصلت له شاة قيمتها أربعة دراهم، وثلاثة أرباعها لمن حصلت له شاة قيمتها ثلاثة دراهم، أو تجعل شاة قيمتها أربعة دراهم مع سدس شاة قيمتها ثلاثة دراهم- وهو نصف درهم- حصه- فالمجموع أربعة دراهم ونصف- والبقية أى شاة قيمتها درهمان مع بقى من شاة قيمتها ثلاثة دراهم، وهو درهمان ونصف، والمجموع أربعة دراهم ونصف حصته، فتبقى منها شاة قيمتها ثلاثة دراهم مساومة، فإن سادسها لصاحب شاة قيمتها أربعة دراهم وخمسة أسداسها لصاحب شاة قيمتها درهمان أو تجعل شاة قيمتها ثلاثة دراهم مع ثلاثة أثمان شاة قيمتها أربعة دراهم- وهى درهم ونصف حصه-.

فالمجموع أربعة دراهم ونصف، والبقية أى شاة قيمتها درهمان، وما بقى من شاة قيمتها أربعة دراهم، وهو درهمان ونصف فالمجموع أربعة دراهم حصه فتبقى شاة قيمتها أربعة دراهم مئامة فإن ثلاثة أثمانها لصاحب شاة قيمتها ثلاثة دراهم وخمسة أثمانها لصاحب شاة قيمتها درهمان، هذا ما ظهر لى، والعلم عند الله تعالى، فليراجع "الكشف" مع توضيح وتفسير.

(١) قوله: ولا يقسم "أما الجنسان فلعدم الاختلاط بينهما، فلا تقع القسمة تمييزاً، بل تقع معاوضة فيعتمد التراضى دون جبر القاضى؛ لأن إجباره عليها على اعتبار التمييز.

وأما الجواهر فلأن جهالتها متفاحش، ألا ترى أنها لا يصلح غير المعين منها عوضاً عما ليس بمال، كالنكاح والخلع، وقيل: لا تقسم الكبار منها لفحش التفاوت، وتقسم الصغار لقلّة التفاوت.

وقيل: إذا اختلف جنسها لا تقسم، وإن اتحد تقسم كسائر الأجناس، وأما الرقيق فالذكر هنا قول أبى حنيفة رحمه الله، وعند أبى يوسف ومحمد: تجوز قسمة الرقيق لاتحاد الجنس، والتفاوت فى الجنس الواحد، لا يمنع القسمة، كما فى الابل والغنم، ولهذا يقسم الرقيق فى الغنمة بين الغائمين.

ولأبى حنيفة رحمه الله أن التفاوت فى الرقيق فاحش لتفاوت المعانى الباطنة كالذهن والكياسة؛ لأن من العبيد من يصلح للأمانة، ويعتمد على كلامه، ويحسن التجارة وغيرها من الصنائع كالكتابة، ومنهم من لا يصلح لشيء منها، فلا يمكن جمع نصيب كل واحد منهم فى واحد، فتعذر الإفراز والتمييز، فلا تكون قسمة، وإنما هى مبادلة، وإلا جبر عليها، بخلاف سائر الحيوانات؛ لأن الانتفاع بها لا يختلف إلا شيئاً يسيراً، وذلك مغتفر فى القسمة.

ألا ترى أن الذكر والأنثى من بنى آدم جنسان مختلفان، ومن الحيوان جنس واحد، فلا يجوز القياس عليه، وقسمة الغنائم تجرى فى الأجناس، فلا تلزم؛ لأن حق الغائمين تعلق بالمالية دون العين، حتى كان للإمام أن يبيع الغنائم، ويقسم الثمن بينهم، وفى غير الغنائم ليس له أن يبيع ملك غيره إلا بإذن صاحبه، فامتنع القسمة فيه؛ لأنها مبادلة، وأما الحمام والبير والرحاء فلما ذكرنا من الحاق الإضرار بالكل. (الزيلعى).

بين اثنين أو أكثر
 دُور مشتركة، أو دار، وضيعة، أو دار، وحنوت قُسم^(١)
 منها
 كل على حدة، ويصور^(٢) القاسم ما يقسمه ويعدله،
 أى يميز إن أمكن
 ويذرعه^(٣)، ويقوم البناء، ويفرز^(٤) كل نصيب بطريقه
 وشربه، ويُلقَّب^(٥) الأنصباء بالأول والثاني والثالث، ويكتب

(١) قوله: "قسم" أما الدور المشترك فالمذكور هنا قول الإمام، وقالوا: تقسم الدور بعضها فى بعض إذا كانت فى مصر واحد، وكانت القسمة أصلح لهم؛ لأنهما جنس واحد نظراً إلى اتحاد الاسم والصورة وأصل السكنى جنسان نظراً إلى اختلاف الأغراض، وتفاوت السكنى.

وإذا قسم كل دار على حدة بما يتضرر لقلّة نصيبه، وللإمام أن الدور أجناس مختلفة لاختلاف المقصود باعتبار الحال، والجيران والقرب من المسجد، فكان اختلافاً فاحشاً، فلا يمكن التعديل فى القسمة، فلا يجوز جمع نصيب كل واحد فى دار إلا بالتراضى والإيل والبقر والغنم يقسم كل جنس منه بانفراده، ولا يجمع بين الأجناس، كما ذكرنا بخلاف الدور والمنازل المتلازمة كالبیوت والساحة كالدور؛ لأنه بين البيت والدار، فأخذ حظه من كل واحد منها والدور فى مصرين لا تقسم بالإجماع، وأما الدور والضيعة والدار والحنوت فلاختلاف الجنس ذكره الخصاص، وفى رواية الأصل ما يشير إلى أنه يجوز. (التكملة)

(٢) قوله: "ويصور" أى يكتب على قرطاس ليتمكن حفظه، قال فى "العناية": يكتب أن نصيب، فلان كذا وفلان كذا إن أراد، وأرفع تلك الكاغذة إلى القاضى ليتولى الأقرع بينهم بنفسه. (التكملة)

(٣) قوله: "ويذرعه" لأن قدر المساحة يعرف بالزراع والمالية بالتقويم، ولا بد من معرفتها ليتمكن التسوية فى المالية ولا بد من ذرع الأرض وتقويم البناء. (التكملة)

(٤) لتقطع المنازعة، ويحصل معنى القسمة على التمام، وهذا بيان للأفضل. (الكشف)

(٥): ويلقب "فى المجمع": ويلقب الأنصباء جمع نصيب بالأول والثاني والثالث والرابع والخامس، وهلمّ جرّاً، ويكتب أسماءهم أى أسامى الشركاء، ويجعلها بطاقات ويطوى كل بطاقة، ويجعلها أشبه البندقة، ويدخلها فى طين، ثم يخرجها، ثم يدلّكها، ثم يجعلها فى وعاء، أو فى كمة، ثم يخرج واحداً بعد واحد، ويقرّع لطيب القلوب، فالأول من خرج اسمه أولاً، والثانى لمن خرج ثانياً، والثالث لمن خرج ثالثاً إلى أن ينتهى إلى الأخير.

قال ابن الشيخ فى "شرح الوقاية": ويكتب أسماءهم على القرعة أو غيرها، ويبدأ القسمة من أى طرف كان، فإن جعل الطرف الشرقى، أول يجعل ما يليه ثانياً، ثم ما يليه ثالثاً، فيخرج القرعة المكتومة، فيعطى السهم الأول لمن خرج اسمه فيها أول، والثانى لمن خرج اسمه ثانياً، والثالث ثالثاً بلا

من هؤلاء
 أساميهم ويقرع، فمن خرج اسمه أولاً فله السهم الأول، ومن
 خرج ثانياً فله الثاني، ولا يدخل^(١) في القسمة الدراهم إلا
 برضاءهم، فإن^(٢) قسم^{وبينهم} ولاحدهم مسيل أو طريق^{أي لأحد الشركاء}
 في ملك الآخر، لم يشترط في القسمة صرف عنه إن أمكن،
 أي وإن لم يمكن صرفه عنه
 وإلا فسخت القسمة.

حاجة إلى إخراج قرعة، إذ بقي به سهم واحد بلا منازع، هذا في السهام المتساوية ظاهر .
 وأما إن كانت متفاوتة بأن كان لأحدهم مثلاً نصف، وللثاني سدس، وللثالث ثلث، فيجعل
 السهام ستة، فإن خرج في القرعة الأولى اسم من له الثلث اتفاقاً، فله سهمان : أحدهما : هو الملقب
 بالأول في طرف شرقي، والآخر : ما يليه تميماً لحقه .

ثم إن خرج في الدفعة الثانية اسم من له النصف، فله ثلاثة أسهم على الاتصال، فيبقى سهم واحد
 لمن له السدس بلا حاجة إلى إخراج آه، وليس في القرعة معنى القمار ؛ لأن أصل الاستحقاق ليس
 بتعلق بالقرعة حتى لو عين لكل نصيباً من غير إقراع جاز ؛ لأنه في معنى القضاء، فيملك الإلزام وقد
 استعملها يونس عليه الصلاة والسلام مع أصحاب السفينة . (الكشف)

(١) قوله : " ولا يدخل " في " شرح النقاية " : ولا يدخل القاسم الدراهم التي ليست من الشركة
 في القسمة ؛ لأن القسمة من حقوق الشركة، ولا شركة في الدراهم ؛ لأن الجنسين المشتركين لا
 يقسمان، فكيف غير المشتركين إلا برضاءهم، فما في القسمة من معنى المبادلة، فيجوز دخول الدراهم
 فيها بالتراضي دون جبر القاضى .

وصورته : دار بين جماعة أرادوا قسمتها، وفي أحد الجانبين فضل بناء وأراد بعض الشركاء أن
 يكون عوض البناء دراهم، وأراد الآخر أن يكون عوضه من الأرض، فإنه يجعل عوضه منها، ولا
 يكلف الذى يقع البناء في نصيبه أن يرد بإزاءه دراهم إلا إذا تعذر، فحينئذ له ذلك بطلبهم القسمة منهم،
 وعدم إمكانها دون الدراهم، واختار محمد قسمة السفلى والعلو المجردين بالقيمة، وبه يفتى، يقوم كل
 واحد على حدة، ويقسم بالقيمة إلا أنهما صارا كالجنسين، فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة .

(٢) قوله : " فإن أى فإن وقع مسيل ماء، أو طريق المرور لأحدهم في نصيب آخر، والحال أنه
 لم يشترط ذلك في القسمة، صرف المسيل أو الطريق عنه، أى عن الآخر إن أمكن صرفه تحقيقاً لمعنى
 القسمة، وهو قطع الاشتراك، وإلا أى وإن لم يمكن صرفه عنه، فسخت القسمة بالإجماع ؛ لاختلافهما
 وتستأنف ؛ لأن المقصود تمليك المنفعة، ولا يكون ذلك إلا بالطريق والمسيل . (المجمع)

أى فوقه مشترك والعلو لآخر مشترك والسفل لآخر أى كل ذلك
 سفل^(١) له علو ، وسفل مجرد، وعلو مجرد، قوم كل
 على حدة، وقسم بالقيمة، ويقبل^(٢) شهادة القاسمين إن
 أى الشركاء بعد القسمة
 اختلفوا.

(١) قوله: "سفل" أى إذا اشترك رجلان فى سفل وعلو، أى بيت كامل، وفى سفل فقط وعلوه لآخر، وفى علو فقط وسفله لآخر، وطلبنا القسمة، فصورة القسمة بينهما أن يقوم كل واحد من السفلى والعلو والسفل المجرد والعلو المجرد على حدة، ويقسم بالقيمة، ولا يعتبر بغير ذلك، وهو القسمة بالذرع؛ لأن السفلى يصلح لما يصلح له العلو من اتخاذه مبرء ماء أو سرداباً، أو إصطبلًا، فلا يتحقق التعديل إلا بالقيمة، وهذا عند محمد، وعليه الفتوى.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: يقسم بالذراع - أى يشترط تساوى الأنصبة - ذراعاً ولا يضره تفاوتها قيمة، لكن يدخل الدراهم فى القسمة للضرورة، كما مر - لأن القسمة بالذراع هى الأصل؛ لأن الشركة فى المزرع لا فى القيمة.

ثم اختلفا فقال أبو حنيفة: ذراع من سفل بذراعين من علو، وقال أبو يوسف: ذراع بذراع، فلو كان كل من علو مجرد وسفل مجرد ومركب منهما أربع أذرع مثلاً، وكان قيمة العلو المجرد ثلاثة دنانير وقيمة السفلى المجرد اثني عشر، وقيمة المركب خمس عشر، وكانت الثلاثة بين ثلاثة رجال.

فعلى قول محمد: يكمل العلو المجرد بثلاثى الذراع من السفلى المجرد، وذراع وثلاث من المركب، ثم يقرع، وعلى قول أبى حنيفة رحمه الله: يكمل العلو المجرد بذراع وثلاث من المركب فقط، لأن مجموع الذرعان بعد البسط على قوله: أربعة وعشرون، ثم يقرع ويأخذ من أصابه العلو المجرد من أصبه السفلى المجرد دينارين إدخالاً للنقد ضرورة، وعلى قول أبى يوسف رحمه الله: يكمل كل من المجردين بثلاثى ذراع من المركب؛ لأن مجموع الذرعان بعد البسط على قوله: ستة عشر، ثم يقرع ويأخذ من أصابه العلو المجرد من أصابه السفلى المجرد أربعة دنانير ونصف دينار، وهذا ما حصل لذهنى القاصر من عباراتهم، فليراجع. (الكشف)

(٢) قوله: "ويقبل" أى إذا أنكر بعض الشركاء بعد القسمة استيفاء نصيبه، فشهد القاسمان أنه استوفى حقه، تقبل شهادتهما، سواء كان من جهة القاضى أو من غيره، خلافاً لمحمد، فإن عنده لا تقبل، وهو قول أبى يوسف أولاً، وبه قالت الأئمة الثلاثة؛ لأنها شهادة على فعل نفسها، فأورثت التهمة، وهذا إذا قسمه مجاناً، ولا يجبر أن لهما نفعاً.

قال الطحاوى: إذا اقتسما بأجر لا تقبل الشهادة إجماعاً، وقيل: الخلاف فى الكل، وهو الأصح، فلذا أطلق فى الكتاب.

ولنا أنهما شهدا على فعل غيرهما، وهو الاستيفاء لا على فعل نفسها، وهو التمييز؛ لأنه لا حاجة إلى الشهادة عليه، ولا تقبل شهادة قاسم واحد؛ لأن شهادة الفرد غير مقبولة على الغير. (الزيلعى والمجمع والكشف)

أى أحد الشركاء
 ولو ادعى أحدهم أن من نصيبه شيئاً فى يد صاحبه، وقد
 أولاً أى باستيفاء نصيبه وفى دعواه أو إقرار الخصم ونكوله المدعى المذكور حقى و
 أقر بالاستيفاء، لم يصدق^(١) إلا ببينة، وإن قال: استوفيت
 أنت منى^١ معنى القول وقول خصمه مع يمينه و
 وأخذت بعضه، صدق^(٢) خصمه بحلفه، وإن لم يقر
 أشاره إلى ما فى يد صاحبه أى نصيبه ونصيبى و نصيبه فى شريكه
 بالاستيفاء، وادعى أن ذا حظه، ولم يسلم إلى وكذبه شريكه،
 هو الذى لا يدخل تحت تقويم المقومين
 تحالفاً^(٣) وفسخت القسمة، ولو ظهر غبن فاحش فى القسمة
 بعد القسمة كنصف ما فى يده أى بقسط المستحق
 تُفسخ^(٤)، ولو استحق^(٥) بعض شائع من حظه رجع بقسطه فى

(١) قوله: "لم يصدق" لأن القسمة من العقود اللازمة، والمدعى للغلط يدعى حق الفسخ لنفسه بعد تمامها، فلا يقبل إلا بحجة، وإن يقيم بينة استحلف الشركاء؛ لأنهم لو أقروا بذلك لزمهم، فإذا أنكروه حلفوا عليه، ومن حلف منهم لم يكن عليه سبيل.
 ومن نكل عن اليمين جمع نصيبه من نصيب المدعى، فيقسم على قدر حقهما؛ لأن نكوله حجة على غيره، وينبغي أن لا تقبل دعواه أصلاً؛ لأنه مناقض، وإليه أشار من بعد حيث شرط للتحالف أن لا يشهد على نفسه بالاستيفاء لا يتحالفان؛ لأن دعواه لم تصح للتناقض، فإذا امتنع التحالف لعدم صحة الدعوى للتناقض، فكذا هنا؛ لأنه قد أشهد على نفسه بالاستيفاء، فوجب أن لا تقبل دعواه.
 (الزيلعى)

(٢) قوله: "صدق" أى لو قال: استوفيت حقى، وأخذت بعضه، كان القول قول خصمه مع يمينه؛ لأنه يدعى عليه الغصب، وهو ينكر، فالقول قول المنكر. (الزيلعى)

(٣) قوله: "تحالفاً" أى وإن قال: قيل أن يقر بالاستيفاء أصابنى من ذلك كذا إلى كذا، ولم يسلم ما أحد ابنى من حقى على، وكذبه الآخر تحالفاً، وفسخت القسمة؛ لأن الاختلاف فى مقدار ما حصل له بالقسمة، فصار نظير الاختلاف فى مقدار البيع. (المجمع)

(٤) قوله: "تفسخ" وهذا إذ كانت القسمة بقضاء القاضى فظاهر؛ لأن تصرفه مقيد بالعدل والنظر، وأما إذا كانت بالتراضى، فقد قيل لا يلتفت إلى قول من يدعيه؛ لأنه دعوى الغبن، ولا معتبر به فى البيع، فكذا فى القسمة لوجود التراضى، وقيل: تفسخ هو الصحيح، ذكره فى الكافى؛ لأن شرط جوازها المعادلة، ولم توجد فوجب نقضها. (الزيلعى والدر)

(٥) قوله: "ولو استحق" أى إذا تمت القسمة، وأفرز كل واحد من الشريكين، ثم استحق بعض غير معين فى نصيب أحدهما، بأن كانت الدار بينهما نصفين، واستحق نصف نصيب أحدهما، رجع المستحق فيه بسقطه، أى يرجع نصيبه وهو ثمن جميع الدار على شريكه، ولا تفسخ القسمة معنى جبراً

حظَّ شريكه، ولا تُفسخ القسمة، ولو ظهر^(١) في التركة دين،
ردت^(٢) ^{القسمة}.

ولو تنهائيا^(٣) في سكنى دار أو دارين، وخدمة عبد أو

على المستحق منه، شاء أو لم يشأ، بل له الخيار إن شاء رجع بذلك في نصيب صاحبه، وإن شاء رد ما
بقي، واقتسما، وظاهر عبارة المؤلف أن هذا حتم لكن المراد ما ذكرناه.

وقال أبو يوسف رحمه الله: تفسخ لوجود شريك ثالث، فبطل القسمة بدون رضاه، كما إذا
استحق بعض شائع في النصيبين، وهذا لأن باستحقاق شائع ينعدم معنى القسمة، وهو الإفراز؛ لأنه لا
يوجب الرجوع في نصيب الآخر بحصته شائعاً بخلاف المعين.

ولهما أن معنى الإفراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب أحدهما، ولهذا جازت القسمة
على هذا الوجه في الابتداء، بأن كان النصف المقدم مشتركاً بينهما وبين ثالث والنصف الآخر بينهما، لا
شركة بغيرهما فيه، فاقتهما على أن أحدهما لهما من المقدم ورابع المؤخر، (كأن اشترى زيد ربع
الأرض، واشترى بكر وعمرو ربعها الآخر، واقتسما بجملتهم مع البائع مناصفة، فوقع النصف المقدم
لهم، والنصف المؤخر للبائع، ثم اشترى بكر وعمرو من البائع النصف المؤخر) فكذا في الانتهاء، وصار
كاستحقاق شيء معين، بخلاف الشائع في النصيبين لتضرر الثالث بتفرق نصيبه في النصيبين. (الكشف
مع زيادة)

(١) لا توجد هذه المسألة في نسخة من النسخ المعتمدة عندنا، ولا في شرح من الشروح، وإنما هو
في بعض النسخ الغير المعتمدة، ويئنه صاحب "التكملة" و"الزيلعي" في الفروع. (عز)

(٢) قوله: "ردت" أي لو اقتسم التركة، ثم ظهر فيها دين محيط، قيل للورثة: اقضوا دين
الميت، فإن قضوه صحت القسمة، وإلا فسخت؛ لأن الدين مقدم على إرث، فيمنع وقوع الملك لهم
فيها إلا إذا قضوا الدين، أو أبرأ الغرماء، فحينئذ تصح قسمتهم لزوال المانع.
ولو كان الدين غير المستغرق، فكذلك الجواب لتعلق حق الغرماء بالتركة، إلا إذا بقي من التركة ما
بقي من الدين، فحينئذ لا تفسخ القسمة لعدم الحاجة. (الزيلعي)

(٣) قوله: "تنهائياً" التهاؤ تفاعل من الهيئة، وهو أن يتواضعوا على أمر، فيتراضوا به حقيقة أن
كلا منهما رضى لهيئة واحدة، ويختارها، والفرق بين القسمة والتهاؤ أن الأول يجمع المنافع في ضمان
واحد، والثاني يجمع على التعاقب، ويجرى فيه جبر القاضى، كما في القسمة فيما يحتملها.
وشرعاً: قسمة المنافع، والقياس أن لا تجوز؛ لأنهما مبادلة المنفعة بجنسها، لكنها جازت استحساناً
بالإجماع. (المجمع بحذف وتغيير)

أى رولو تهايا فى... إلخ
عبدین، أو غلة دار أو دارین صح^(١)، وفى غلة عبد أو عبدین،
أى أو تهايا فى... إلخ
أو بغل وبغلین، أو ركوب بغل أو بغلین، أو ثمرة شجر، أو لبن
أى لا یصح فى المسائل الثمان
غنم لا^(٢).

(١) قوله: "صح" اعلم أن التهايا إما بحسب الزمان، أو المكان، فالتهايا بحسب الزمان أن تناوبا من حيث الزمان، أى ينتفع أحدهما فى زمان، وثانيهما فى زمان، والتهايا بحسب المكان هو أن يتناوبا بحسب المكان، أى ينتفع أحدهما بمكان وثانيهما بمكان آخر.

إذا عرفت فاعرف أن المسائل ست: الأولى: أن يتهى فى سكنى دار واحدة زماناً، بأن يسكن هذا شهراً وذا شهراً، أو مكاناً، بأن يسكن هذا بعضاً وذا بعضاً، والثانية: أن يتهيا فى سكنى دارين بأن يسكن كل واحد داراً.

والثالثة: أن يتهيا فى خدمة عبد بأن يخدم هذا يوماً وهذا يوماً، والرابعة: أن يتهيا فى خدمة عبدین بأن يخدم هذا العبد هذا، وهذا، والخامسة: أن يتهيا فى غلة در، بأن يأخذ هذا شهراً، وهذا شهراً، والسادسة: أن يتهيا فى غلة دارين بأن يأخذ هذا غلة هذه، وهذا غلة هذه، ويصح التهايا فى هذه الوجوه الست.

فالأول يجوز بالاتفاق؛ لأن القسمة على هذا الوجه جائزة، فكذا المهاياة، وقيل: يجوز عنده بالتراضى، ولا يجبر اعتباراً بالقسمة، وعنه أنه لا يجوز التهايا أصلاً لا بالجبر، ولا بالتراضى؛ لأنه يصير مع المنافع بالمنافع من جنسه نسيئة، وذلك لا يجوز.

والثانى أيضاً يجوز بالاتفاق، وكذا الثالث بالاتفاق، والرابع على الأصح، وعن أبى حنيفة رحمه الله: أنه لا يجوز إلا بالتراضى؛ لأن قسمة الرقيق لا يجرى فيها الجبر عنده، فكذا منفعة، والأصح أن القاضى يهاى بينهما جبراً بطلب أحدهما.

والخامس يجوز باتفاق، ولو زادت غلة الدار الواحدة فى نوبة أحدهما على الغلة فى نوبة الآخر يشتركان فى الزيادة تحقيقاً للتعادل بخلاف الزيادة فى المنافع، وبخلاف الزيادة فى غلة إحدى الدارين حيث لا يشتركان فيها؛ لأنه يحمل على القرض. (عز)

(٢) قوله: "لا" أى لا يجوز فى هذه الوجوه التمكينية الأول لا يجوز بالاتفاق؛ لأنه لا يتأتى إلا زمانين، فيتوهم تغييره، بخلاف التهايا فى خدمة لجران المسامحة فيها الثانى لا يجوز عند أبى حنيفة رحمه الله؛ لأن التهايا فى الخدمة جواز للضرورة، ولا ضرورة فى الغلة؛ لأنه يمكنه قسمتها.

وقال: يجوز لإمكان التعادل بينهما، الثالث لا يجوز بالاتفاق، والرابع لا تجوز عند أبى حنيفة خلافاً لهما، والخامس والسادس على الخلاف، والسابع والثامن لا يجوز بالاتفاق؛ لأنها أعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها، فلا حاجة إلى التهايا بخلاف لبن آدم حيث يجوز المهاياة فيه حتى لو كانت جاريتان مشتركتان بين اثنين، فتهيايان أن ترضع أحدهما ولد أحدهما، والأخرى ولد الآخر جاز؛ لأن لبن بنى آدم لا قيمة له، فجرى مجرى المنافع. (العينى)

كتاب^(١) المزارعة^(٢)

هي عقد على الزرع ببعض الخارج^(٣)، وتصح^(٤) بشرط

(١) قوله: "كتاب" قال السيد الحموى: المناسبة بين الكتابين أن للزراعة شرعت للحصول منفعة الملك، وهي النماء، كما أن القسمة شرعت لذلك؛ إلا أن القسمة أعم؛ لأنها تجرى في العقار وغيره، والمزارعة تختص بالأراضي، فلذا أخرها عن القسمة، أو أن خارجها تقع فيه القسمة، أو أنها بعد قسمة الأرض يحتاج إليها. (ط)

(٢) قوله: "المزارعة" هي لغة: مفاعلة من المزارعة، وهي إنبات لقوله تعالى: ﴿أَنْتُمْ تَزْرَعُونَهَا﴾ ونسبتها إلى غيره سبحانه مجاز من إسناد الفعل إلى السبب، وهو الحرمة، وهي إثارة الأرض للزراعة، وما يستتبت بالبذر يسمى زراعاً أيضاً، تسمية بالمصدر، وإنما عبر عنهما بالمفاعلة التي يقتضى الفعل من الجانبين؛ لأن إعانة الفعل من إعطاء البذر، والآلة بمنزلة الفعل، كالمضاربة، وتسمى المضاربة مخابرة أيضاً من الخبرة النصيب، أو من خير؛ لأنها أول ما دفعت إليهم.

وشرعاً: ما بينه الشيخ، وهي فاسدة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وقالوا: جائزة؛ لما روى: «أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زراع»، أخرجه الجماعة إلا النسائي. ولأنه عقد شركة بين العمل والمال كالمضاربة، والجامع دفع الحاجة، فإن ذا المال قد لا يهتدى إلى العمل، والقوى عليه لا يجد المال.

قلنا: معنى الإجارة فيها غالب بدليل اشتراط التأقيت، فلا تقاوص على المضاربة، ولأبي حنيفة رحمه الله ما روى: «أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المخابرة - وهي المزارعة -»، رواه مسلم من حديث جابر ورافع بن خديج، ورواه ابن أبي شيبة من حديث زيد بن ثابت رفعه كل من الثلاثة.

ولأنه استئجار ببعض ما يخرج من عم، فكان في معنى قفيز الطحان، ولأن الأجر مجهول - على تقدير وجود الخارج، فإنه لا يعلم، أو شرط من نحو الثلث أو الربع يبلغ مقدار عشرة أقفزة، أو أقل أو أكثر أو معدوم - على تقدير أن لا يخرج من الأرض شيء - ومعاملة عليه الصلاة والسلام أهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق الصلح، إلا أن الفتوى على قولهما لظهور تعامل الأمة بها.

قيل: التعامل على خلاف النص باطل، قلنا: النصوص الواردة في المجتهدات صور النصوص، وإلا لم يحل لأحد الخلاف فيها، أو تحملها على ما إذا شرط شرطاً فاسداً. (الكشف وحاشيته)

ثم اعلم أن أبا حنيفة فرع مسائل المزارعة والمعاملة على أصولهما، ثم علم أن الناس لا يأخذون بقوله فيهما، كذا في "الفصول العمادية"، والأظهر أن صحة المزارعة رواية عنه، والمسائل متفرعة عليهما، إلا أنه اختار فسادها، وأخذ أصحابها برواية صحتها. (شرح النقاية)

(٣) هو فضل أخرج سائر العقود والمساواة؛ لأنها عقد على بعض الثمرة.

(٤) قوله: "وتصح" أي لا تصح المزارعة إلا بالشروط التي فصلها الشيخ: منها: أن تكون

ومما رب الأرض والمزارع

صلاحية الأرض للزراعة، وأهلية العاقدين، وبيان المدة، ورب
البذر وجنسه، وحظ الآخر، والتخلية بين الأرض والعامل
والشركة في الخارج، وأن^(١) تكون الأرض والبذر لواحد،

الأرض صالحة للزراعة؛ لأن المقصود هو الربح، وهو لا يحصل دونه، ومنها: أن يكون العاقدان أهلاً للعقد، بأن يكون كل واحد منهما حراً عاقلاً بالغاً، أو عبداً أو صبيّاً مأذونين، وهذا الشرط لا اختصاص له بهذا العقد، بل جميع العقود كذلك.

ومنها: أن يبين المدة التي فيها من الزراعة، فتفسد بما لا يتمكن فيها منها، وبما لا يعيش إليها أحدهما غالباً؛ لأن العقد يرد على منفعة رب الأرض إن كان البذر من جهة العامل، وعلى منفعة العامل إن كان البذر من جهة رب الأرض، والمنفعة هنا لا يعرف مقدارها إلا ببيان المدة، فكان معياراً للمنفعة.

ومنها: بيان من عليه البذر، وإنما شرطناه إعلاماً للمعقود عليه، وهو منافع الأرض، أو منافع العامل؛ لأن جهالته تفضي إلى المنازعة، فاشتراط هذا الشرط إنما هو لبيان المعقود عليه، وهى المنافع؛ لأنها مختلفة محلاً، فقد تكون منافع الأرض، وقد تكون منافع العامل، وإنما يتعين أحد النوعين بتعين صاحب البذر، فإن كان هو العامل فالمعقود عليه منافع الأرض، أو هو صاحب الأرض، فالمعقود عليه منافع العامل.

ومنها: بيان جنس البذر ليصير الأجر معلوماً؛ لأنه منه، ومنها بيان نصيب الآخر، وهو غير رب البذر؛ لأنه أجرة عمله، أو أرضه، ومنها أن يخفى بين الأرض والعامل ليتمكن من العمل، فلو شرط عمل رب الأرض مع العامل لا يصح لفوات التخلية.

ومنها: كون الخارج مشتركاً بين العاقدين، لتحقيق المعنى المقصود من الزراعة، وهو الشركة؛ لأنها انعقدت إجازة في الابتداء، وشركة في الانتهاء، فلو شرط لأحدهما قفزان مسماة تفسد؛ لأنه يؤدي إلى قطع الشركة في البعض، أو في الكل إذا لم تخرج الأرض أكثر من ذلك، وكذا إذا شرط أن يدفع قدر بذره.

ومنها: أن توجه صورة من صور الثلاث التي فصلها الشيخ بقوله: أن تكون... إلخ. (عز)

(١) قوله: "وأن" أى يشترط لصحة المزارعة أن توجه صورة من هذه الصور الثلاث؛ لأن من جوزها إنما جوزها على أنها إجازة، ففي الصورة الأولى يكون صاحب البذر والأرض مستأجرًا للعامل، وبقره تبع له لاتحد منفعتهما؛ لأن البقر آلة له، فصار كمن استأجر خياطاً ليخيط له بلبسته، أو صباغاً ليصبغ له ثوباً بصبغ من عنده، وللاجبر ما يقابل عمله دون الآلة فيجوز.

والأصل فيها أن صاحب البذر هو المستأجر، فتخرج السائل على هذا، كما رأيت، وفي الصورة الثانية يكون صاحب البذر مستأجرًا للأرض بأجر معلوم من الخارج، فيجوز كما إذا استأجرها بدراهم في الذمة، وفي الصورة الثالثة يكون صاحب البذر مستأجرًا للعامل وحده بلا بقر بأجرة معلوم من الخارج، فيجوز كما إذا استأجرها خياطاً ليخيط له قميصاً بإبرة من عند صاحب الثوب، أو طيائناً ليطين

والبقر والعمل لآخر، أو تكون الأرض لواحد، والباقي لآخر،
أو يكون العمل من واحد، والباقي لآخر، فإن كانت^(١) الأرض
والبقر لواحد، والبذر والعمل لآخر، أو كان البذر لأحدهما،
هو البذر والبقر والعمل هو البذر والبقر والأرض والباقي لآخر، أو
أى المتعاقدان^(٢) لأحدهما قفزاناً^(٣) مسماة، أو على المأذيان^(٤)
شرطاً^(٥) أى أو شرطاً أن يرفع... إلخ
والسواقي، أو أن يرفع رب البذر بذره، أو أن يرفع الخراج،
له بمر من المستأجر. (الزيلي بزيادة)

(١) قوله: "فإن كانت" لمّا بين شروط الجواز في الزراعة شرع يبين الشروط المفسدة لهما، أما
الأول: وهو ما إذا كانت الأرض والبقر لواحد، والعمل والبذر لآخر، فلأن صاحب البذر استأجر
الأرض، واشترط البقر على صاحب الأرض، ففسدت؛ لأن البقر لا يمكن أن يجعل الأرض؛ لأن
منفعة البقر الشق، ومنفعة الأرض الإنبات، وبينهما اختلاف، وشرط التبعية الاتحاد.
وأما الثاني: وهو ما إذا كان البذر لواحد، والباقي لآخر وهو البقر والأرض؛ فلأن العامل أجيره،
ولا يمكن أن تكون الأرض تبعاً له لاختلاف منفعتيهما، ووجهه تقدم.
وأما الثالث: وهو ما إذا كان البذر والبقر لواحد، والباقي لآخر، وهو العمل والأرض، فلما ذكرنا
أن الأرض لا يمكن جعلها تبعاً لعمله لاختلاف المنافع، ففسدت المزارعة.
قال الشارح: وهنا وجه آخر لم يذكره في الكتاب، وهو أن يكون البقر من واحد، والباقي من
آخر، قالوا: هذا فاسد، وينبغي أن يجوز بالقياس على العامل وحده، أو على الأرض وحدها،
والجواب عنه أن القياس أن لا تجوز المزارعة، وإنما تركناه بالأثر، وفي هذا لم يرد أثر... اهـ. (التكملة)

(٢) قوله: "شرطاً" هذه الصور أيضاً من صور الفساد، وأما إذا شرطاً لأحدهما قفزاناً مسماة،
أو ما على المأذيان والسواقي، أو أن يرفع رب البذر بذره، أو أن يرفع الخراج، كلما بينا أنه يؤدي إلى
قطع الشركة في البعض المسمى، أو في الكل.

وشرط صحتها أن يكون الخراج كله مشتركاً بينهما، والمراد بالخراج هنا هو الموظف، بأن كان
الموضوع على الأرض دراهم مسماة، أو قفزاناً مسماة، أو منهما، وأما إذا كان الخراج خراج مقاسمة،
بأن كان الموضوع عليها نصف الخراج أو ثلثه، أو نحو ذلك من الجزء الشائع، فلا يفسد اشراط رفعه؛
لأنه يؤدي إلى قطع الشركة. (الزيلي)

(٣) جمع قفيز وهو اسم لمقدار معلوم وهو ثمانية مكايك.

(٤) جمع مأذيان، وهو فارسي معرب، وهو أصغر من النهر، وأعظم من الجدول.

المزاعة فى هذه الوجوه السبعة

والباقى بينهما، فسدت، فيكون الخارج لرب^(١) البذر،
 وللآخر^(٢) أجر مثل عمله، أو أرضه، ولم يزد^(٣) على ما شرطاً،
 وإن^(٤) صحت فالخارج على الشرط، فإن لم يخرج شىء، فلا
 شىء للعامل.

ومن أبى عن المضى أجبر^(٥) إلا رب البذر، وتبطل^(٦) بموت

(١) قوله: "لرب" لأنه صار ملكه، واستحقاق الآخر، وقد كان بالتسمية، وقد فسدت.
 (الكشف)

(٢) قوله: "وللآخر" لأن رب البذر استوفى المنافع بعقد فاسد، فيجب ردها، وقد تعذر، ولا
 مثل لها غير قيمتها. (الكشف)

(٣) قوله: "ولم يزد" لأنه رضى بسقوط الزائد عليه، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما
 الله، وقال محمد: عليه أجر مثله بالغاً ما بلغ؛ لأنه استوفى منافعه بعقد فاسد، فيجب عليه قيمتها إذ لا
 مثل لها. (شرح النقاية مع زيادة)

(٤) قوله: "وإن" أى ما قلنا: من كون الخارج لرب البذر، وللآخر أجر مثل عمله، أو أرضه،
 كان حكم المزاعة الفاسدة، وإن وقعت المزاعة صحيحة لعدم ما ينافيها، فلا يخلو إما أن يخرج شىء
 أم لا، فإن خرج شىء يجب المسمى لصحة الالتزام، وإن لم يخرج فلا شىء للعامل؛ لأنها إما إجارة أو
 شركة، فإن كانت إجارة فالواحد فى العقد الصحيح، منها المسمى، وهو معدوم، فلا يستحق غيره،
 وإن كانت شركة فالشركة فى الخارج دون غيره، فلا يستحق غيره، بخلاف ما إذا فسدت الأرض، ولم
 تخرج الأرض شيئاً حيث يستحق أجر المثل فى الذمة، وعدم الخروج لا يمنع من وجوبه فى الذمة.
 (الزيلعى مع زيادة)

(٥) قوله: "أجبر" لأنها انعقد إجارة، والإجارة عقد لازم، غير أنها تفسخ بالأعذار، فإن امتنع
 صاحب البذر عن المضى فيها، كان معذوراً؛ لأنه لا يمكنه المضى إلا بإتلاف ماله، وهو إلقاء البذر على
 الأرض، ولا يدرى هل يخرج أم لا، فصار نظير ما لو استأجر أجيراً ليهدم داره، ثم امتنع، وإن امتنع
 العامل أجبر على العمل؛ لأنه لا يلحقه به ضرر، فلا يفسخ من غير ضرر. (الزيلعى)

(٦) قوله: "وتبطل" لأنها إجارة، وهى تبطل بموت أحد المتعاقدين إذا أعقدها لأنفسهما، وقد
 بيّناه من قبل، وهذا إذا كان قبل الزرع، وأما بعده فالعقد باقٍ إلى استحصاد هذا الزرع استحساناً مراعاةً
 للحقين، فيقسم الخارج على ما شرطه، ثم تنتقض المزاعة فيمابقى من المدة. (الزيلعى والكشف)

أى أحد المتعاقدان أى مدة المزارعة حالة أى يجب عليه
أحدهما، فإن مضت المدة والزرع لم يدرك، فعلى^(١)
المزارع أجر مثل أرضه حتى يدرك، ونفقة^(٢) الزرع^(٣)
عليهما^(٤) بقدر حقوقهما، كأجر^(٥) الحصاد والرفاع^(٦)
^{يستحصل}
^{وهو قطع الزرع}

(١) قوله: "فعلى" أى يجب على العامل أجر مثل أرض الآخر إلى أن يستحصل الزرع؛ لأن العقد قد انتهى بمضى المدة إلا أن فى قلعه ضرراً، فبقياء بأجر المثل إلا أن يستحصل ليجب على غير صاحب الأرض بحصته من الأجرة؛ لأنه استوفى منفعة الأرض بقدره، بخلاف ما إذا مات أحدهما قبل إدراك الزرع، حيث يترك إلى أن يستحصل، ولا يجب على المزارع شئ؛ لأننا بقينا عقد الإجارة هناك استحساناً لبقاء مدة الإجارة، فأمكن استمرار العامل، أو وارثه على ما كان من العمل، أما هنا فلا يمكن لانقضاء المدة، فتعين إيجاب أجر المثل بالإبقاء، وكان العمل ونفقة الزرع، ومؤنة الحفظ وكرى الأنهار عليهما؛ لأنها كانت على العامل لبقاء العقد؛ لأنه مستأجر فى المدة، فإذا مضت المدة انتهى العقد، فيجب عليهما مؤنة قدر ملكهما؛ لأنه مال مشترك بينهما، بخلاف ما إذا مات أحدهما قبل الإدراك، حيث يكون الكل على العامل لبقاء العقد على ما بيناه. (الزيلعى)

(٢) قوله: "ونفقة" أى يجب عليهما نفقة الزرع على قدر ملكهما بعد انقضاء مدة المزارعة، كما يجب عليهما أجرة الحصاد والرفاع والدياسة مطلقاً من غير قيد بانقضاء مدة المزارعة، أما نفقة الزرع بعد انقضاء المدة فلما ذكرنا، وأما وجوب الحصاد والرفاع والدياسة والتذرية عليهما مطلقاً؛ فلأن عقد المزارعة يوجب على العامل عملاً يحتاج إليه إلى انتهاء الزرع ليزداد الزرع بذلك، فيناهى وجوب العمل عليه بتناهى الزرع لحصول المقصود، فيبقى بعد ذلك ما لا مشتركاً بينهما، فتجب مؤنته عليهما. (الزيلعى)

(٣) أى تجب على العاقدین على قدر ملكهما بعد انقضاء المدة.

(٤) قوله: "عليهما" حاصل الكلام هنا على ثلاثة أوجه، ذكرها الكرخى فى "مختصره" ما كان قبل بلوغ الزرع ما يصلح به الزرع، فهو على العامل، وما كان بعد تناهى الزرع فهو عليهما، وما كان بعد القسمة، فهو على كل واحد منهما فى نصيبه خاصة، دون صاحبه، أى هنا لفظ الكرخى رحمه الله، وذلك لأن كل ما يحتاج إليه الزرع قبل بلوغ الزرع ما يصلح به، فهو على العامل؛ لأن ذلك عمل المزارعة، وهو معقود عليه من جهة المزارع فيختص به، وكل ما يحتاج إليه بعد تناهى الزرع، فهو عليهما على قدر حصصهما، فكذلك النفقة، وما يحتاج إليه بعد القسمة، فهو على كل واحد منهما فى نصيبه؛ لأن نصيب كل واحد منهما قد تميز، فيكون مؤنته عليهما خاصة. (الشلبى)

(٥) أى كما يجب عليهما أجراً... إلخ.

(٦) هو رفع الزرع بعد الحصاد إلى البيد.

من الدوس: هو دوس الزرع بالبقرة ليخرج الحب
والدياسة والتذرية^(١)، فإن شرطاه^(٢) على العامل
لأنه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحدهما
فسدت^(٣).

(١) هي تمييز الحب الشين بالريح.

(٢) أى العمل الذى يكون بعد انتهاء الزرع كالحصاد وأخواته.

(٣) قوله: "فسدت" فى "شرح النقاية": فإن شرط أجر الحصاد ونحوه على العامل صحّ عند
أبى يوسف رحمه الله، وبه يفتى، وهذا اختيار مشايخ بلخ، قال شمس الأئمة: وهو الأصحّ فى ديارنا،
يعنى لتعامل الناس بها، كذا فى "الهداية"، وفسد فى ظاهر الرواية، وهو القياس، وهذا بخلاف ما إذا
شرط على رب الأرض فإنه مفسد بالاتفاق؛ لعدم العرف، وكذا إذا شرط الجذاذ على العامل، أو
الحصاد على غير العامل، لا يجوز بالاتفاق لعدم التعامل.

وعن نصير بن يحيى ومحمد بن سلمة هذا كله يكون على العامل شرط عليه أم لا بحكم العرف،
قال شمس الأئمة السرخسى: هذا هو الصحيح فى ديارنا.

هي لغة: مفاعلة من السقى

كتاب^(١) المساقاة

في العرف

هي معاقدة دفع الأشجار إلى من يعمل فيها على أن الثمر

أى المساقاة حكمًا وخلافًا وشرطًا المساقاة^(٢)، وتصح^(٣) في النخل والشجر بينهما، وهي كالمزارعة^(٢)، وتصح^(٣) في النخل والشجر

(١) قوله: "كتاب" لا يخفى مناسبه، فإن كلا منهما عقد شرعى لتحصيل منفعة الملك، وحقه القديم على المزارعة لكثرة من يقول بجواز المساقاة، ولورود الأحاديث في معاملة النبي ﷺ أهل خيبر، لكن قدمت المزارعة لشدة الحاجة إلى معرفة أحكامها، وكثرة تفاريعها ومسائلها، وهذا أولى من قول من قال: حق المساقاة التقديم، لكونها جائزة بلا خلاف، وإن كان يمكن تأويله بأن المراد نفى الخلاف عند أهل المذاهب الثلاثة، أما بين أهل المذهب، فقد وقع الخلاف فيها، فلأن أبا حنيفة رحمه الله لا يقول: بجوازها لكونها فى معنى قفيز الطحان. (الطحطاوى بتغيير)

(٢) قوله: "كالمزارعة" حتى لا تجوز عند أبى حنيفة رحمه الله، كالمزارعة، وعندهما تجوز، وشروطها عندهما شروط المزارعة فى جميع ما ذكرنا إلا فى أربعة أشياء، أحدهما إذا امتنع أحدهما يجبر عليه؛ لأنه لا ضرر عليه فى المعنى بخلاف المزارعة حيث لا يجبر صاحب البذر إذا امتنع. والثانى: إذا انقضت المدة يترك بلا أجر، ويعمل بلا أجر ما نبين، وفى المزارعة بأجر على ما بينا. والثالث: إذا استحق النخيل يرجع العامل بأجر مثله، والمزارع بقيمة الزرع. والرابع: فى بيان المدة، فإنه إذا لم يبين فيها المدة يجوز استحساناً؛ لأن وقت إدراك الثمر معلوم، وقلمما يتفاوت فيه، فيدخل فيه ما هو المتيقن به، وإدراك البذر فى أصول الرطبة فى هذا بمنزلة إدراك الثمار؛ لأن له نقاية معلومة، فلا يشترط فيه بيان المدة، بخلاف الزرع؛ لأن ابتداءه يختلف، والانتهاء مبنى عليه، فتدخله الجهالة الفاحشة، وبخلاف ما إذا دفع إليه غرساً قد نبت علم يثمر بعد معاملة، حيث لا يجوز إلا ببيان المدة؛ لأنه يتفاوت بقوة الأراضى وضعفها تفاوتاً فاحشاً، فلا يمكن صرفه إلى أول ثمرة تخرج منه. (الزيلعى)

(٣) قوله: "وتصح" وقال الشافعى فى الجديد: لا تجوز إلا فى النخل والكرم، ولا تجوز المزارعة إلا تبعاً للمساقاة؛ لأن القياس بأباهما؛ لما قال أبو حنيفة رحمه الله فى المزارعة، وإنما جَوَزَناهما بالأثر، وهو حديث خيبر، وقد حصمهما، وله أصل فى الشرع، وهو المضاربة والمساقاة أشبه بها من المزارع، فإن فيها الشركة فى الزيادة دون الأصل، وهو التخیل كما فى المضاربة والشركة، وفى المزارعة لا يتأتى ذلك؛ لأن شرط رفع البذر مفسداً إجماعاً، فجوزنا المعاملة مقصوداً، ولم تجوز المزارعة إلا تبعاً فى ضمن المعاملة، وكم من شئ يصح تبعاً لا مقصوداً، كبيع الشرب تبعاً لبيع الأرض.

والكرم^(١) والرطاب^(٢) والمراد منها جميع البقول
 أى على وجه المساقاة ^{حالية} وأصول الباذنجان، فإن دفع نخلا ^{المساقاة} ^{الثمرة}
 فيه ثمرة مساقاة، والثمرة تزيد بالعمل، صحت، وإن انتهت
 لا^(٣) كالمزراعة، وإذا فسدت، فللعامل أجر مثله^(٤)، ^{أى لا تصح}
 وتبطل^(٥) بالموت، وتفسخ^(٦) بالعدر كالمزراعة بأن يكون ^{أى يموتها، أو يموت أحدهما المساقاة}

ولنا ما روى عن ابن عمر أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من ثمر أو زرع، رواه البخارى ومسلم وجماعة أخر، وهذا مطلق، فلا يجوز تقييده ببعض الأشجار دون بعض، ولا تكون المزارعة تبعاً للمعاملة بالرأى، وقد ورد فيه أحاديث كثيرة كلها مطلقة، فوجب أجزاؤها على إطلاقهما، ويحكى نصاً أن أهل خيبر كانوا يعملون فى الأشجار والرطاب؛ ولأن الأصل فى النصوص أن تكون معلولة، فجاز تعديته إلى ما لا نص فيه، لا سيما عند الخصم، فإنه لا يحتاج إلى إقامة الدليل على أنه معلول. (الزيلعى)

(١) لا يوجد هذا اللفظ فى نسخة من النسخ المعتمدة الموجودة عندنا إلا فى النسخة الأحمدية.

(٢) وإنما خص الرطاب وأصول الباذنجان بالذكر تنبيهاً على أنهما من أنواع الشجر؛ لأن الشجر اسم لما له ساق، ولهما ساق. (العينى)

(٣) قوله: "لا" أى إن انتهت الثمرة لا تصح كالمزراعة إذا زرع الزرع، وهو بقل جاز، ولو استحصد الزرع لا يجوز دفعه مزارعة؛ لأن العامل إنما يستحق بالعمل، ولا عمل بعد التناهى، فلو جاز بعد الإدراك لاستحق بلا عمل، ولم يرد به الشرع، ولا يجوز إلحاقه بما قبل التناهى؛ لأن جوازه قبل التناهى للحاجة على خلاف القياس، ولا حاجة إلى مثله، فبقى على الأصل. (العينى والكشف والزيلعى)

(٤) أى مثل عمله، ولم يزد على ما شرط من الثمر.

(٥) قوله: "وتبطل" لأنها فى معنى الإجارة كالمزراعة، فإن مات رب الشجر والثمر ليس مفادة أنه كان الموت قبل خروج الثمر، بأن لم يزه، فالعقد باقٍ إلى الإدراك استحساناً دفعاً للضرر عن العامل، وإن مات العامل، فلورثته أن يقوموا على العمل، وليس لرب الشجر منعهم؛ لأن فيه النظر من الجانبين. (الكشف وحاشيته)

(٦) قوله: "وتفسخ" لأنها فى معنى الإجارة، وقد بينا أنها تفسخ الأعذار، وكونه سارقاً عذر ظاهر؛ لأنه بسرقة الثمر والسعف ما حقه ضرر، وهو مدفوع شرعاً، وكذا مرض العامل إذا كان يضعه عن العمل؛ لأنه يلحقه ضرر بإلزامه استئجار الإجراء. (الزيلعى)

يخاف على الثمر، أو الفصن منه.
العامل سارقاً، أو مريضاً لا يقدر على العمل.

أى الذبائح جمع ذبيحة ، والذبيحة : اسم للشيء المذبح
كتاب^(١) الذبائح^(٢)

هى جمع ذبيحة^(٣) وهى اسم لما يذبح، والذبح قطع^(٤)
الأوداج^(٥)، وحل^(٦) ذبيحة مسلم وكتابى وصبى وامرأة،

(١) قوله : كتاب " المناسبة بين الكتابين أن المزارعة إتلاف موجود فى الحال ، وهو تبذير البذر
لتحصيل النفع فى المال من الخارج ، فكذا الذبح إتلاف الموجود فى الحال ليتنفع باللحم فى المال إلا أن
الأول سبب لحصول الأقوات الأناسى والبهائم ، وهذا سبب لحصول غذاء بعض الحيوانات ، وكذا
المساقاة لتحصيل الثمرات ، كما أن الذبائح لتحصيل اللحم . (الشلبى)

(٢) قوله : الذبائح " شرائط الذبائح العامة فى الاختيارية والاضطرارية كون الذابح عاقلاً ، فلا
تؤكل ذبيحة المجنون والصبى الذى لا يعقل ، فإن كان الصبى يعقل الذبح ، ويقدر عليه توكل ذبيحته ،
وكذلك للسكران ، ومنها أن يكون مسلماً أو كتابياً ، فلا تؤكل ذبيحة أهل الشرك ولا المرتد ، ولو غلاماً
مراهقاً عند الإمام .

ومن شروط التسمية حاله الذبح عند ما ذكر اسم الله تعالى ، أى اسم كان ، ولا تشترط العربية ، بل
يصح بأى لسان كان ، ولو يحسن العربية ، ولا بد من كونها من الذابح حتى لو سمي غيره لا تحل ، وأن
تكون عند الذبح ، فلا يجوز تقديمها عليه ، إلا بزمان قليل لا يمكن التحرز عنه ، ووقتها وقت الرمي أو
الإرسال ، وأن يكون الذابح حلالاً ، وهذا شرط فى الاضطرارية لا الاختيارية ، ومن الشروط قيام أصل
الحياة وقت الذبح ، قلت : أو كثرت وذكر بعض أهل الفتاوى أنه لا بد من أحد شيئين : إما التحرك ، وإما
خروج الدم ، فإن لم يوجد لا يحل . (الطحطاوى ملخصاً)

(٣) ذكرًا كان أو أنثى ، فالتاء ليست للتمييز ، بل للنقل من الوصفية إلى الاسمية .

(٤) أى معنى الذبح الاختيارى فى الشرع قطع الأوداج .

(٥) جمع دوج ، المراد الودجان - هما مجرى الأم - والحلقوم والمرىء ، وإنما عبّر عنه بالأوداج
تغليظاً ، كما ورد فى الحديث . (المجمع)

(٦) قوله : " حل " أى حل ذبيحة هؤلاء ، أما المسلم فلقوله تعالى : ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ ، وأما
الكتابى ولو كان حريباً ، فلقوله تعالى : ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ﴾ قال البخارى رحمه
الله : قال ابن عباس رضى الله عنهما : طعامهم ذبائحهم .

وهو الذى يعبد الوثن، وهو الصم

وأخرس^(١) وأقلف، لا^(٢) مجوسى ووثنى ومرتدٍ ومحرم،
والمسلم والكتابي فى ترك التسمية سواء
وتارك^(٣) تسمية عمدا وحل^(٤) لو ناسيا.

ويشترط أن لا يذكر الكتابى عند الذبح غير الله، حتى لو ذكر المسيح، أو عزيراً، لا يحل ذبيحته، وأما البقية فلا تطلق قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَيْتُمْ﴾، فيحل إن كان يعقل التسمية والذبيحة، ويضبط - أى يقدر على فرى الأوداج ويحسن القيام به - وإلا فلا يحل؛ لأن التسمية على الذبيحة شرط بالنص، وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا.

(١) لأنه عاجز عن الذكر، فيكون معذوراً، أو تقوم الملة مقامه كالناسى، بل أولى؛ لأنه ألزم.

(٢) قوله: "لا" أى لا يحل ذبيحة هؤلاء، أما المجوسى فللقوله عليه الصلاة والسلام: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحى نساءهم ولا أكلى ذبائحهم»، أخرجه عبد الرزاق وابن أبى شيبه مرسلين بلفظ أن النبى ﷺ كتب إلى مجوس هجر يعرض عليه السلام، فمن أسلم قبل منه، ومن لم يسلم ضربت عليهم الجزية غير ناكحى نساءهم ولا أكلى ذبائحهم، قال البيهقى: قد تأكد هذا المرسل بالإجماع؛ لأنه لا يدعى التوحيد، فاندعت الملة اعتقاداً ودعوى.

وأما الوثنى فلأنه مثل المجوسى فى عدم دعوى التوحيد، وأما المرتد فلأنه لا ملة له؛ لأنه لا يقر على ما انتقل إليه، وأما المحرم فالمراد ذبيحة محرم فى حق الصيد؛ لأن ذبيحته فى غير الصيد تؤكل؛ لأن فعله فيه مشروع، بخلاف الصيد؛ لأن فعله فيه غير مشروع، وكذا الحلال صيد الحرم (عز)

(٣) قوله: "تارك" أى لا يحل ذبيحة من ترك التسمية حال كونه عامداً، وقال الشافعى رحمه الله: متروك التسمية عمداً؛ لأنها عنده سنة، لما رواه الدارقطنى عن مروان ابن سالم عن الأوزاعى عن يحيى بن أبى كثير عن أبى سلمة عن أبى هريرة، قال: سأل رجل النبى ﷺ الرجل منا يذبح وينسى أن يسمى الله تعالى، قال: اسم الله على قلب كل مسلم، وفى لفظ: على فما كل مسلك.

قلنا: مروان بن سالم ضعيف، ضعفه الدارقطنى وابن قطان وابن عدى وأحمد والنسائى على ما فى المحيط، فأما ما رواه أبو داود فى المراسيل عن عبد الله بن داود عن ثور بن يزيد عن الصلت عن النبى ﷺ، قال: «ذبيحة المسلم حلال ذكر اسم الله أو لم يذكر»، فقد قال ابن قطان: فيه مع الإرسال أن الصلت السدوسى لا يعرف له حاله، ولا يعرف بغير هذا الحديث، ولا روى عنه غير ثور بن يزيد.

ولنا إطلاق قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يَذْكُرْ اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ أى وإن الذى لم يذكر اسم الله عليه حرام؛ لأن الفسق هو الخروج عن الطاعة، وأن مطلق النهى يقتضى التحريم.

وما أخرجه أصحاب الكتب الستة عن عدى بن حاتم قال: قلت: يا رسول الله! إنى أرسل كلبى واحد معه كلب آخر، لا أدري أيهما أخذه، قال: لا تأكل ذلك، فإنك إنما سميت على كلبك، ولم تسم على الكلب الآخر، ووجه الدلالة أنه علل الحرمة بترك التسمية عمداً. (شرح النقاية)

(٤) قوله: "وحل" أى وحل المزكى لو ترك التسمية ناسياً؛ لأن النسيان مرفوع الحكم عن الأمة بقوله عليه الصلاة والسلام: «رفع عن أمتى الخطأ والنسيان»، ولأن فى اعتباره حرجاً؛ لأن الإنسان كثير

وكره^(١) أن يُذكر مع اسم الله غيره، وأن يقول عند الذبح: اللهم تقبل من فلان، وإن قال: قبل التسمية والإضجاع ولا يكره
أو منى هذا القول أى إضجاع المذبوح كله وسطه أو أعلاه وأسفله
جاء، والذبح^(٢) بين الحلق واللبة، والمذبح^(٣) المرئى والحلقوم

النسيان، والخرج مرفوع فى الشرع حق المسألة خلاف مالك مستدلاً بظاهر قوله عليه السلام لعدى: «إذا رميت سهمك فاذكر الله عليه»، والجواب ظاهر، كما تقدم. (شرح النقاية مع زيادة)

(١) قوله: "وكره" وهذا النوع على ثلاثة أوجه: أحدها: أن يذكره موصولاً من غير عطف، فيكره، ولا تحرم الذبيحة مثل أن يقول: باسم الله محمد رسول الله بالرفع؛ لأن اسم الرسول غير مذكور على سبيل العطف، فيكون مبتدأ، لكن يكره لوجود الوصل صورة، وإن قال بالخفض لا يحل، وكره فى النوازل.

وقال بعضهم: هذا إذا كان يعرف النحو، والأوجه أن لا يعتبر الإعراب، بل يحرم مطلقاً بالعطف؛ لأن كلام الناس اليوم لا يجرى عليه، ومن هذا النوع أن يقول: اللهم تقبل من فلان؛ لأن الشركة لم توجد، ولم يكن الذبح واقعاً عليه، ولكن يكره لما ذكرنا.

والثانى: أن يذكر موصولاً على سبيل العطف والشركة، نحو أن يقول: باسم الله واسم فلان، أو باسم الله وفلان، أو بسم الله ومحمد رسول الله بالجر، فتحرم الذبيحة؛ لأنه أهل به لغير الله تعالى، وقد قال الله تعالى: ﴿وَمَا أَهْلَ بِهِ لغيرِ اللَّهِ﴾، وقال عليه الصلاة والسلام: «موطنان لا أذكر فيهما عند العطاس وعند الذبح»، ولورفع المعطوف على اسم الله يحل؛ لأنه مبتدأ، واختلفوا فى النصف، ويكره فيهما بالاتفاق لوجود الوصل صورة.

والثالث: أن يقول: مفصولاً عنه صورة ومعنى بأن يقول قبل أن يضجع الشاة، أو قبل التسمية، أو بعد الذبح: اللهم تقبل هذا منى، أو من فلان، هذا لا يكره، لما روى أنه ﷺ قال بعد الذبح: «اللهم تقبل هذا عن أمة محمد»، فمن شهد لك بالوحدانية ولى بالبلاغ. (الزليعى)

(٢) قوله: "والذبح" أى وزكاة الاختيار ذبح بين الحلق واللبة - بفتح اللام وتشديد الباء الموحدة - أى الصدر لما روى أنه عليه الصلاة والسلام بعث منادياً ينادى فى مجامع منى ألا أن الزكاة فى الحلق، رواه الدارقطنى. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "والمذبح" أى موضع الذبح الذى يستحق قطعه أربعة أشياء، وهى المرى - بفتح الميم وكسر الراء - وهو مجرى الطعام والشراب، وهو رأس المعدة والكرش اللازم بالحقوم، والحلقوم وهو مجرى النفس، سواء كان الذبح فى وسطه أو فى أعلاه، أو فى أسفله بعد أن يكون فيه، حتى لو ذبح أعلى من الحلقوم، أو أسفل منه يحرم؛ لأنه ذبح فى غير الذبح، والودجان وهما مجرى الدم.

وقال الشافعى رحمه الله: يكتفى بالحلقوم والمرى، ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «أفر الأوداج مما شئت»، أخرجه أبو داود والنسائى وابن ماجه، وأقل الجمع ثلاثة، فيتناول المرى والودجين، ولا يمكن قطع هذه الثلاثة إلا بقطع الحلقوم، فيثبت اقتضاء. (عز)

من هذه الأربعة أى ثلاث كانت
والودجان، وقطع^(١) الثلث كاف^(٢) ولو^(٣) بظفر وقرن وعظم^{واصل بما قبله}
وسنّ منزوع وليطة^(٤) ومروءة^(٥)، و^(٦) ما أنهر الدم إلا سنّا^{أسال}
وظفراً قائمين، وندب^(٧) حد^(٨) الشفرة، وكره النخع^(٩) وقطع^{وهى السكين العريض}

(١) الفرى القطع للإصلاح، والإفراء للإفساد، وصاحب القاموس عمّم الإفراء والفرى للإصلاح والإفساد، وفى "المغرب": قدحافرى يعنى أفرى إلا أنه لم يسمع فى الحديث. (حاشية الكشف)

(٢) قوله: "كاف [فى الجواز]" عند أبى حنيفة رحمه الله، وهو قول أبى يوسف رحمه الله أولاً، ثم رجع إلى أنه لا بد من قطع الحلقوم والمرى، وأحد الودجين، وعن محمد لا بد من قطع أكثر كل واحد من قطع الحلقوم والمرى وأحد الودجين، وعن محمد لا بد من قطع أكثر كل واحد من الأربعة، وهو رواية عن أبى حنيفة؛ لأن كل فرد منها أصل بنفسه لانفصاله عن غيره، وقد ورد الأمر بقطعه. ولأبى يوسف أن المقصود من قطع الودجين إنهار الدم، فينوب أحدهما عن الآخر، ولأبى حنيفة الأكثر يقام مقام الكل فى كثير من الأحكام، ويحصل بأى ثلاث منهما إنهار الدم، وفيه أن أكثر الشئ يقوم مقام كله إلا أكثر الأشياء، وبهذا يتبين أن الأظهر قول محمد. (شرح النقاية)

(٣) قوله: ولو أى يجوز الذبح بهذه الأشياء، وقال الشافعى: لا يجوز، والمذبح بهذه الأشياء ميتة، لا يحل أكلها، لقوله عليه الصلاة والسلام: «كل ما أنهر الدم وأفرى الأوداج ما خلا الظفر والسن فإنها مدى الحبشة»، وبه قال أحمد.

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «أنهر الدم أو أسله»، ويروى: «أفر الأوداج بما شئت»، وما رواه محمود على غير المنزوع، فإن الحبشة كانوا يفعلون ذلك إظهاراً للجلد، وإنما يكره لأنه استعمال جزء آدمى. (العينى والكشف)

(٤) بالجر عطفاً على قوله: بظفر.

(٥) حجر فيه حدة.

(٦) عطف على ما قبله من المجزورات.

(٧) قوله: وندب لقوله عليه الصلاة والسلام: «إن الله كتب الإحسان على كل شئ فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليجد أدكم شفرته وليرح ذبيحته»، رواه الجماعة إلا البخارى. (الكشف وحاشيته)

(٨) قبل الإضجاع وكره بعده.

(٩) قوله: «وكره النخع» هو أن يصل إلى النخاع، وهو خيط أبيض فى جوف عظم الرقبة، وإنما كره ذلك لنهييه عليه الصلاة والسلام عن نخع الشاة إذا ذبحت، وتفسيره ما ذكرنا، وقيل: أن يد رأسها

كالظبي إذا تألف في البيت

الرأس، والذبيح من القفا، وذبح^(١) صيد استأنس، وجرح
 مثل الغنم والإبل والبقر^١ أى يقطعصل العجز عن الوصول إليه ليذبح. وهو قطع العروق في أعلى العنق تحت
 نعم توحش^(٢) أو تردى في بئر، وسن^(٣) نحر الإبل، وذبح
 أى عكس الحكم المذكور
 البقر والغنم، وكره عكسه، وحل ولم يتذك^(٤) جنين بذكاة

حتى يظهر مذبحتها أن يكسر رقبتها قبل أن تسكن من الاضطراب، وكل ذلك مكروه؛ لأن في جميع ذلك وفي قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة.
 ويكره أن يجز ما يريد ذبحه إلى المذبح، وأن يسلم قبل أن يبرد، لما ذكرنا، وتؤكل في جميع ذلك؛ لأن الكراهة لمعنى زيادة، وهى زيادة الألم، فلا توجب الحرمة، وكذا لو ذبحها متوجهة لغير القبلة يكره، وتؤكل؛ لأن السنة في الذبح أن يستقبل بها القبلة، هكذا روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبي ﷺ استقبل في أضحية القبلة لما أراد ذبحها في الذبح من القفا زيادة ألم، فيكره إذا بقيت حية حتى تقطع العروق، فتحقق الموت بما هو زكاة، وإن ماتت قطع العروق لا تؤكل لوجود الموت بما ليس بزكاة. (الزبيلى)

(١) قوله: "وذبح" بصيغة الفعل المبني للمجهول، والجملة مستأنفة، وقرأته بصيغة المصدر، وجعل الخبر محذوفاً تقديره: يוכל تكلف لا داعى إليه.
 وفى "التكملة": الواو عاطفة على قوله: وحل ذبيحة مسلم وذبح صيد، يعنى وحل أكل صيد استأنس بالذبح، وهو الزكاة الاختيارية لقدرته عليها.
 حل أكل نعم توحش أو تردى بالجرح لعجزه عن الزكاة الاختيارية، هذا إذا علم أنه مات من الجرح، وإن علم أنه لم يمت من الجرح، يؤكل، فإن أشكل ذلك أكل؛ لأن الظاهر أن الموت به. (عز)
 (٢) أى ند عن أهله ودخل في البادية حيوان.

(٣) قوله: "وسن" فى "شرح النقاية": وندب نحر الإبل وهو قطع العروق فى أسفل العنق عند الصدر؛ لأن فيها لليسر؛ لأن العروق مجتمعة فى المنحر، وكره ذبحها؛ لأنه خلاف السنة، وإنما حل لحصول المقصود، وهو سبيل الدم، والتعجيل، وفى البقر والغنم عكسه، فندب ذبحها؛ لأن الذبح فيهما أيسر، وكره نحوهما؛ لأنه خلاف السنة؛ لأنه نحر الإبل وذبح البقر والغنم، وقد قال الله تعالى: ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَأَنْحَرْ﴾ أى الجزور، وقال: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تَذْبَحُوا بَقَرَةً﴾ وقال الله تعالى: ﴿وَقَدْ يَنْهَاهُ بِذَبْحٍ عَظِيمٍ﴾ أى مذبوح وهو كبش سمين.

(٤) قوله: "ولم يتذك" يعنى لا يصير الجنين مذكى بذكاة أمه حتى لا يحل أكله بذكاتها، وبهذا عند الإمام وزفر والحسن رحمهم الله تعالى، وقالوا: إن تم خلقه أكل لقوله ﷺ: «ذكاة الجنين ذكاة أمه»، وحمله الإمام على تشبيهه، أى كذكاة أمه بدليل أنه روى بالنصب، والتشبيه بهذا الطريق كثيرة، منه قوله تعالى: ﴿وَجَنَّةٌ عَرْضُهَا السَّمَوَاتُ وَالْأَرْضُ﴾ والتحقيق أن هذا التأويل إنما يصح فى الرواية بالنصب إذا كان المنزوع حرف الكاف كقوله تعالى: ﴿وَهِيَ تَمُرُّ مَرَّ السَّحَابِ﴾، ويحتمل الباء أيضاً، لكن إن

أمه.

فصل (١) فيما يحل أكله وما لا يحل

لا يؤكل (٢) ذو ناب ومِخلَب من السبع (٣) والطيَر، وحل (٤)

أى صاحبه يصيد بنابه، فخرج نحواً بغير بيان لذى مِخلَب

جعلناه الكاف لم يحل الجنين، وإن جعلناه الباء يحل، ومتى اجتمع الموجب للحل والموجب للحرم يغلب الموجب للحرمة.

وعلى إبراهيم النخعي، فقال: ذكاة نفس لا تكون ذكاة نفسين، فإن قيل: ولو لم يحل أكله بذكاة أمه لما حل ذبح أمه؛ لأن في ذبحها إضاعة، وقد نهى النبي ﷺ عن إضاعة المال. أجيب: بأن موته ليس بمتيقن، بل يرجى إدراكه حياً، فلا يحرم ذبح أمه، ويكره ذبح الحامل المقرب، وهى التى قربت ولادتها. (التكملة وشرح النقاية والدر)

(١) قوله: "فصل" لما ذكر أحكام الذبائح شرع في تفصيل المأكول هنا وغير المأكول، إذ المقصود الأصل من شرعية الذبح التوصل إلى الأكل، وقدم الذبح؛ لأنه شرط المأكول والشرط مقدم. (الشلبى)

(٢) قوله: "لا يؤكل" لما أخرجه أحمد ومسلم وأبو داود وابن ماجه وغيرهم عن ابن عباس، قال نهى رسول الله ﷺ عن أكل كل ذى ناب من السباع، وعن أكل كل ذى مِخلَب من الطير، فالفقرة الأولى أخرجها الجماعة عن أبى ثعلبة.

وفى رواية لمسلم كل ذى ناب من السباع حرام، والسبع كل مختطف متهب جارح قاتل عادى فى العادة، فذو الناب من السباع الأسد والذئب والنمر والفهد والثعلب والكلب والضبع والسنور البرى والأهلى، وذو المِخلَب من الصير، الصقر والبازى والنسر والعقاب والشاهين، والمؤثر فى الحرمة الإيذاء، وهو طوراً يكون بالناب وطوراً يكون بالمِخلَب، أو الخبث، وهو قيد يكون خلقه، كما فى الخنزير، وقد يكون عارضاً، كما فى الجلالة، ومعنى التحريم تكريم بنى آدم لثلاث يتعدى شىء من هذه الأوصاف الذميمة إليهم بالأكل. (شرح النقاية)

(٣) بيان لذى ناب.

(٤) قوله: "وحل" أما غراب الزرع فلائنه يأكل الحب وليس من سباع الطير، ولا من الخبائث، وما حرمة الأبقع؛ فلائنه يأكل الجيف، فصار كسباع الطير، والغراب ثلاثة أنواع، نوع يأكل الجيف فحسب، فإنه لا يؤكل، ونوع يأكل الحب فقط، فإنه يؤكل، ونوع يخلط بينهما، وهو أيضاً يؤكل عند أبى حنيفة رحمه الله، وهو العققق؛ لأنه كالدجاج، وعن أبى يوسف أنه يكره؛ لأن غالب مأكوله الجيف، والأول أصح، وأما تحريم الضبع فهو قول سعيد بن المسيب والثورى؛ لأنه ذو ناب.

ولما فى "سنن الترمذى": عن ابن حزم قال: سألت رسول الله ﷺ عن أكل الضبع، فقال: أو يأكل الضبع أحد فيه خير، رواه ابن ماجه ولفظه "من يأكل الضبع"، وحل عند الشافعى وأحمد وإسحاق. لنا فى سنن الترمذى وابن ماجه والنسائى عن عبد الرحمن بن أبى عمار: قال سألت جابراً عن

وهو ما لا يأكل الحيف أصلاً وهو الذى فيه سواد وبياض ضرب من السباع معروف

غراب الزرع، لا الأبقع الذى يأكل الجيف والضبع والضب

لأنه من المؤذيات البرية والبحرية؛ لأنها من الخبائث الذى أمه حمار

والزنبور والسلحفاة^(١) والحشرات^(٢) والحمر^(٣) الأهلية، والبغل

والخيل^(٤) وحل^(٥) الأرنب، وذبح ما لا يؤكل يطهر^(٦) لحمه،

الضبع أن أصيدها، قال: نعم، قلت: أكلهما، قال: نعم، قلت: أشيء سمعته من رسول الله ﷺ، قال: نعم، ورواه الحاكم فى "مستدرکه" عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «الضبع صيد فإذا أصابه المحرم»، فقيه كبش مسن، ويؤكل، وقال: حديث حسن، ولم يخرجاه.

وقال مالك: يكره، وانتفاء المكروه عنده ما أثم باطله، ولا يقع بتحريمه، أما الضب فلأنه عليه الصلاة والسلام نهى عائشة حين سألته أكله، فجاء سائل فأرادت أن تطعمه، فقال عليه الصلاة والسلام: «تطعمين ما لا تأكلين»، أخرجه محمد بن الحسن، وأخرجه أبو داود، وسكت عنه.

وأما قوله عليه الصلاة والسلام: «لم يكن من طعام قومى فأجد نفسى تعافه فلا أحله ولا أحرمه»، وفى حديث أنه أكل الضب على مائدته عليه الصلاة والسلام، وفى الأكلين أبو بكر، فقد كان ذلك قبل ثبوت الحرمة، ونهى عليه الصلاة والسلام عائشة عن التصديق دليل الحرمة، وإلا لأمرها بالتصدق به كما مر فى شاة الأنصارية، بقوله عليه الصلاة والسلام: وأطعموها الأسارى. (الكشف وشرح النقاية والزيلعى)

(١) دابة برية نهريه ولها أربع فكلائم لحفى بين طبقتين عظيمتين صقيلتين والكبار من البحرية منها تبلغ مقداراً عظيماً، والجمع سلاخف. (أقرب الموارد)

(٢) قوله: "والحشرات [الصغار من الدواب جمع الحشرة كالفأرة والوزغة]" أى ولا يحل الحشرات والهوام والزنايبير واليربوع والضفدع وغيرها؛ لأنها من الخبائث، وقال الله تعالى: ﴿وَيَحْرَمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ﴾ لأن الطباع السليمة يستخبثها. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "والحمر" أى ويحرم أكل لحوم الحمر الأهلية؛ لما روى: «أن النبى ﷺ حرم لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر»، بخلاف الوحشية، فإنها يحل أكلها، وعند مالك يحل أيضاً فى الأهلية والبغال أنه تتولد من الحمار، وإن كانت أمه فرسا كان على الخلاف المعروف فى لحوم الخيل، وإن كانت أمه بقوته يؤكل بلا خلاف؛ لأن المعتبر فى الحل والحرمة الأم فيما تولد من مأكول وغير مأكول. (المجمع)

(٤) قوله: "والخيل" أى ولا يحل الخيل عند أبى حنيفة رحمه الله أى يكره أكل لحمه لما أخرجه أبو داود والنسائى وابن ماجه عن خالد بن الوليد قال: «نهى ﷺ عن لحوم الخيل والبغال والحمر»، هذا لفظ ابن ماجه، وأما لفظ أبى داود، وقال: «غزوت مع رسول الله ﷺ فانت اليهود، فشكوا أن الناس قد أسرعوا إلى حطائهم، فقال: لا يحل أموال المعاهدين إلا بحقها حرام عليكم الحمر الأهلية وخيلها وبغالها، وكل ذى ناب من السباع، وكل ذى مخلب من الطير».

وجلده إلا^(١) الآدمي والخنزير، ولا يؤكل^(٢) مائى إلا السمك

ورواه الواقدي فى المغازى مثل أبى داود، ثم قال : ثبت عندنا إن خالدا لم يشهد خيبر وأسلم قبل الفتح هو وعمرو بن العاص وعثمان بن أبى طلحة أول يوم من صغرة ثمان، وقال أبو يوسف ومحمد : لا بأس بأكل الخيل لما أخرجه البخارى فى غزوة خيبر، ومسلم فى الذبائح عن جابر بن عبد الله قال : نهى رسول الله ﷺ يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية، وأذن فى لحوم الخيل، وفى لفظ البخارى : ورخص فى لحوم الخيل، وعورض بحديث خالد.

وأجيب : بأن حديث جابر صحيح، وحديث خالد فيه كلام، ولحم الخيل مكروه تحريماً فى رواية عن أبى حنيفة، فإن قوله فى "الجامع الصغير" أكره لحم الخيل يدل على أن كراهة تحريم؛ لما روى أن أبى يوسف رحمه الله قال لأبى حنيفة رحمه الله : إذا قلت : فى شيء أكرهه فما رأيك فيه، قال : التحريم، وفى ظاهر الرواية مكروه تنزيهاً، وبه قال : وهو الصحيح لما قدمناه.

ولما فى "الصحيح" : عن أسماء بنت أبى بكر رضى الله عنها قالت : "نحرنا على عهد رسول الله ﷺ فرساً فأكلنا"، وفى رواية أكلنا لحم فرس عند رسول الله ﷺ ولم ينكره، ولقول جابر بن عبد الله أنهم ذبحوا يوم خيبر الحمر والبغال والخيل، فنهاهم النبى ﷺ عن الحمر والبغال، ولم ينهم عن الخيل، رواه الحاكم فى "المستدرک"، وقال : صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه.

وأما ما احتج فى المبسوط وغيره بقوله تعالى : ﴿وَالْبِغَالُ وَالْحَمِيرُ لَرَكْبُهُ وَزِينَةُ﴾ فقال : قد من الله على عباده بما جعل إليهم من منفعة الركوب والزينة فى الخيل، ولو كان مأكولاً لكان الأولى بيان منفعة الأكل؛ لأنها أعظم المنافع، وبه بقاء النفوس، ولا يليق بذكر الحكيم ترك عظيم وجوه المنفعة، وذكر ما دون ذلك فى مقام المنفعة، ألا ترى أنه تعالى فى الأنعام ذكر الأكل بقوله : ﴿وَمِنْهَا تَأْكُلُونَ...﴾ اهـ، فلا دليل فيه، إذ لا يلزم من تعليل الفعل بما يقصد منه غالباً أن لا يقصد غيره أصلاً، ويدل عليه أن الآية مكية، وعامة المفسرين والمحدثين على أن الحمر الأهلية حُرمت يوم خيبر. (شرح النقاية)

(٥) قوله : "وحل" لأنه عليه الصلاة والسلام أكله وأمر أصحابه بأكله، روى البخارى حديث : «أكله ﷺ»، وروى النسائى حديث : «أمره لأصحابه»، ولأنه ليس من السباع ولا آكلة الخبيث. (الكشف)

(٦) قوله : "يطهر" وقال الشافعى رحمه الله الذكورة لا تؤثر فى جميع ذلك؛ لأن أثر الذكوة فى إباحة اللحم أصل، وفى طهارته وطهارة الجلد تبع، ولا تبع بدون الأصل، فصار نظير ذبح المجوس. ولنا أن الزكاة مؤثرة فى إزالة الرطوبات النجسة، فإذا زالت طهرت كما فى الدباغ، وهذا الحكم مقصود فى الجلد، كالتناول فى اللحم، وفعل المجوسى غير معتد به، فلا بد من الدباغ، وكما يطهر لحمه يطهر شحمه أيضاً حتى لو وقع فى الماء القليل لا يفسده، وهل يجوز الانتفاع به، لغير الأكل، قيل : لا يجوز اعتباراً بالأكل، وقيل : يجوز كالزيت إذا خالطه شحم الميتة، والزيت غالب، فإنه ينتفع به فى غير الأكل والخنزير لا يؤثر فيه الدباغ لنجاسته، والآدمى لكرامته، وفى رواية لا يطهر بالزكاة لحم ما لا يؤكل لحمه، والجلد يطهر هو الصحيح. (التكملة)

(١) قوله : "ولا" وقال مالك وجماعة من أهل العلم بإطلاق جميع ما فى البحر، واستثنى

هو الذى مات حتف أنفه السمك^(١) وحل^(٢) بلا ذكاة كالجراد، ولو^(٣) ذبح شاة^(٤) أى لا يحل أكلها وقت الذبح
 وتحرّكت، أو خرج الدم حل، وإلا^(٥) لا إن لم يدر حياته، وإن
 حياة عند الذبح وصليّة
 علم حل، وإن لم يتحرّك ولم يخرج الدم.

بعضهم الخنزير والكلب والإنسان، وعن الشافعى أنه أطلق ذلك كله لآية: ﴿وَأَحِلَّ لَكُم صَيْدُ الْبَحْرِ﴾،
 وحديث: «هو الطهور ماءه والحل ميتته»، أخرجه أبو داود والنسائي والترمذى .
 ولنا آية: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثُ﴾ وما سوى السمك خبيث -أى يستخبثه الطبع- ونهى رسول
 الله ﷺ عن دواء يتخذ فيه الضفدع، رواه أبو داود فى الطب، والنسائي فى الصيد، ورواه أحمد
 وإسحاق بن راهويه وأبو داود الطيالسى .

ونهى عن بيع السرطان والصيد فيما تلا محمول على الاصطيد، وهو مباح فيما لا يحل، والميتة
 المذكورة فيما روى محمول على السمك، وهو حلال مستثنى من ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام:
 «أحلّت لنا ميتتان ودمان أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال»، رواه ابن ماجه
 وأحمد والشافعى وعبد بن حميد، وأعله بعبد الرحمن، وله طرق آخر، ذكره ابن مردويه فى تفسيره فى
 سورة الأنعام، وقال مالك والشافعى رحمهما الله تعالى: لا بأس بالطافي؛ لما روينا .
 ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «ما نضب عنه -أى ذهب- الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طفا
 فلا تأكلوا»، أخرجه أبو داود وابن ماجه، وعن جماعة من الصحابة مثل مذهبنا، وميتة البحر ما لفظه
 البحر ليكون موته مضافاً إلى البحر لا ما مات فيه من غير آفة . (الكشف وحاشيته)

(٢) أى لا يؤكل حيوان مائى المولد والمعاش كبعض الطيور، فإنه يؤكل ولو متولداً فى ماء نجس .

(١) طفا الشيء فوق الماء يطفو طفوفاً علواً، ولم يرسب ومنه السمك الطافى، وهو الذى يموت فى
 الماء فيعلوه ويظهر . (أقرب الموارد)

(٢) قال: " وحل " أى حل السمك بلا ذكاة كالجراد، وما روينا، وقال مالك رحمه الله: لا يحل
 الجراد إلا أن يقطع الأخذ رأسه ويشويه . (الزيلعى والكشف)

(٣) قوله: " ولو " أى ولو ذبح شاة لم تعلم حيوتها، فتحرّكت، أو خرج منها أى من الشاة دم من
 غير تحرك، حلت أكلها؛ لأن الحركة وخروج الدم لا يكون إلا من الحي، وذكر محمد بن مقاتل إن خرج
 الدم، ولم يتحرك لا يحل، وإلا أى وإن لم تحرك، أو لم يخرج الدم فلا تحل، وإن لم تعلم حيته وقت
 الذبح، وإن علمت حياته وقت الذبح حلت مطلقاً، أى على كل حال؛ لأن الأصل بقاء ما كان على ما
 كان، فلا يحكم زوال الحياة بالشك . (المجمع والكشف)

(٤) أى وإن لم تحرك لم يخرج الدم .

كتاب^(١) الأضحية^(٢)

فلا يجبر على العبد فلا تجب على المسافر يسار الفطرة
 تجب^(٣) على حر مسلم مقيم موسر عن^(٤) نفسه لا^(٥) عن
 بالرفع بدل من الضمير الذي في قوله: يجبر، ويجوز أن يكون ارتفاعه بقوله: تجب وهو الأظهر
 طفله شاة^(٦)، أو سبع بدنة فجر^(٧) يوم النحر إلى آخر

(١) قوله: "كتاب" أورد الأضحية بعد الذبح؛ لما فيها الذبح إلا أن الذبح أعم من الأضحية، والخصوص يكون بعد العموم. (الشلبى)

(٢) قوله: "الأضحية" فيما ثمان لغات: ضم الهمزة مع شديد الياء وتخفيفها وكسرة الهمزة معهما، وضحية - بفتح الضاد وكسرها - وأضحة - بفتح الهمزة وكسرها - وأصل أضحية أضحية، اجتمعت الواو والياء، وسبقت أحدهما بالسكون، فقلبت الواو ياء وأدغمت الياء فى الياء، وكسرت الحاء لئتناسب الياء، وتجمع على أضاحى - بتشديد الياء -.

وهى لغة: اسم ما يذبح أيام الأضحية من تسمية الشيء باسم وقته، وشرعاً: ذبح حيوان مخصوص بنية القرية فى وقت مخصوص. (الطحطاوى والدّر)

(٣) قوله: "تجب" أما الوجوب فللقوله عليه الصلاة والسلام: «من وجد سعة فلم يضح فلا يقربن مصلانا»، رواه ابن ماجه وأحمد وابن أبى شيبه وإسحاق بن راهويه وأبو يعلى الموصلى، ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب، وقالوا: أنها سنة، وهو قول الشافعى رحمه الله لقوله عليه الصلاة والسلام: «من أراد أن يضحي منكم فلا يأخذ من شعره وأظفاره شيئاً»، رواه الجماعة إلا البخارى، والتعليق بالإرادة ينافى الوجوب.

قلنا: المراد بالإرادة - والله أعلم - ما هو ضد السهو، فالمعنى منه أنه من كان متذكراً أنه يضحي لا التخير؛ لأنه غير مخير إجماعاً، وأيضاً أن الإرادة لا تنافى الوجوب كقول من قال: من أراد الجمعة، فلم يغسل، وأما الحرية فلأنها وظيفة مالية لا تتأدى إلا بالملك، وأما الإسلام فلكونها قرية، وأما الإقامة فلأن أداءها يختص بأسباب بعسر على المسافر إحضارها، ويفوت بمضى الوقت، فلا تجب عليه كاجتماعه، وأما اليسار فلما روي من اشتراط السعة. (الكشف وحاشيته بتغيير)

(٤) يتعلق بقوله: تجب أى تجب الأضحية عن نفسه لأن الأصل فى الوجوب عليه.

(٥) قوله: "لا" أى لا تجب عليه عن أولاده الصغار لأنها قرية محضة للأصل فى العبادات عليه أن لا تجب على أحد بسبب غيره بخلاف صدقة الفطر؛ لأن فيها المؤنة، والسبب فيها رأس يؤنه ويلي عليه، وهذا المعنى فى حق الولد فى صدقة الفطر دون الأضحية، ولهذا لا تجب عليه عن عبده وصدقة الفطر تجب عليه. (الزيلعى)

(٦) قوله: "شاة" بيان بمقدار الواجب، وقال مالك رحمه الله: تجوز البدنة عن أهل بيت واحد،

أى قبل صلاة العيد كَأَهْلُ الْهَقْرَى

أَيَّامُهُ^(١)، وَلَا يَذْبَحُ^(٢) مِصْرَى قَبْلَ الصَّلَاةِ، وَذَبَحَ غَيْرَهُ،

ولو كانوا أكثر من سبعة لا عن أهل بيتين، ولو أقل من سبعة، والقياس أن لا تجوز إلا عن واحد؛ لأن الإراقة واحدة، وهى القرابة، إلا أنا تركناه بحديث جابر قال: "نحرنا مع رسول الله ﷺ البقرة عن سبعة، والبدنة عن سبعة"، أخرجه الجماعة إلا البخارى.

ولا نص فى الشاة، فبقيت على أصل القياس، وتجوز عن ستة أو خمسة أو ثلاثة ذكره محمد فى الأصل؛ لأنه لما جاز عن السبعة فعن دونه أولى، ولا تجوز عن ثمانية لعدم النقل فيبقى على الأصل.

وكذا إذا كان نصيب أحدهم أقل من السبع، ولا تجوز عن الكل؛ لأن بعضه إذا خرج من أن يكون قرية يخرج كله من أن يكون قرية. (الكشف والزيلعى)

(٧) قوله: "فجر" أى وجوب الأضحية فى فجر يوم النحر بدليل جوازها للقروى، كما طلع الفجر لكن شرط الجواز للمصرى للصلاة؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «إن أول نسكنا فى هذا اليوم الصلاة ثم الأضحية»، أخرجه مسلم والبخارى بمعناه.

فالفجر بالنسبة إلى المصرى كشهود رمضان للحائض سبب للوجوب لكن لا تجوز الصوم لعدم الشرط، وفى النتائج إذا لم ثنأ تضحية المصرى قبل صلاة العبد فما فائدة جعل وقت بينهما وبين طلوع الفجر وقتاً لتضحية... اهـ.

والجواب: أن الفائدة جعل الأحكام الموقت بالوقت المشروط بشرائط آخر على نهج واحد فى التسوية بين المكلفين، فإذا دخل وقت لحكم ما وحل بالنسبة إلى جميع من شأنه التكيف بذلك الحكم للتسوية، وإن فقد بعض شروط بعضهم كالظهر مثلاً قد يدخل، والمرء محدث، فلا يقال أن وقت صلاة هذا المرء لم يدخل بعد وإلا لما أتم بترك الوضوء والصلاة حتى خرج الوقت على أن الفائدة فى مسائلنا تظهر فيما إذا كانت أضحية المصرى فى القرية، فذبحت عنه قبل الصلاة، فإنه قد فرغت ذمته، فلو لم تكن واجب إذ ذاك لما فرغت ذمته، ولا وجوب إلا بعد دخول وقتها. (الكشف)

(١) قوله: "أَيَّامُهُ" وقال الشافعى رحمه الله: ثلاثة أيام بعد يوم النحر؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «أيام التشريق كلها أيام ذبح»، رواه أحمد فى "مسنده"، وابن حبان فى "صحيحه".

ولنا ما روى عن عمر وعلى وابن عباس رضى الله عنهم قالوا: أيام النحر ثلاثة، أفضلها أولهما، وقد سأله سماعاً؛ لأن رأى لا يهتدى إلى المقادير، وفى الأخبار تعارض، فأخذنا بالمتيقن وهو الأقل. (الكشف مع حاشيته)

(٢) قوله: "وَلَا" أى لا يجوز لأهل المصر أن يذبحوا الأضحية قبل أن يصلوا صلاة العيد يوم الأضحية، وذبح غيره، أى غير أهل المصر يجوز لهم ذبحها بعد طلوع الفجر قبل أن يصلى الإمام صلاة العيد، والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام: «من ذبح قبل الصلاة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلاة تم نسكه وأصاب سنة المسلمين».

والمعتبر فى ذلك مكان الأضحية، حتى لو كانت فى السواد، والمضحى فى المصر يجوز، كما انشق الفجر، وفى العكس لا يجوز إلا بعد الصلاة، وحيلة المصرى إذا أراد التعجيل أن يبعث بها إلى خارج المصر فى موضع يجوز للمسافر أن يقصر فيه، فيضحى فيه كما طلع الفجر. (الزيلعى بحذف)

ويُضحى^(١) بالجماء^(٢) والخصى والثولاء^(٣) لا بالعمياء
 التي ذهبت إحدى عنها التي لا مخ في عظمها تمشى بثلاث قوائم، وتجاوى الرابعة عن الأرض
 والعوراء والعجفاء والعرجاء^(٤)، ومقطوع^(٥) أكثر الأذن،
 أو الذنب، أو السن، أو العين، أو الإلية.
 فيكره ذبح الديك والدجاجة تشبهاً بالمضحى
 والأضحية^(٦) من الإبل والبقر والغنم، وجاز^(٧) الشئ من

(١) قوله: "ويضحى" أى يجوز ذبح هذه الثلاثة تضحية -الجماء والخصى والثولاء- ولا يجوز التضحية بالعمياء... إلخ، وأما جواز الأولى فلأن المقصود منها القرنان، ولا يتعلق بهما المقصود. والثانى فلأن لحمه أطيب، وقد ضحى ﷺ بكبشين أملحين -الملحة بياض يشوبه شعرات سود- موجئين -الوجاء للعن عروق الخصيتين بحديدة من غير نزعهما- رواه ابن ماجه. وأما الثولاء ففي هذا إذا كانت تعتلف؛ لأنه لا يخل بالمقصود، وأما إذا كانت لا تعتلف لا تجزئه، أما عدم التضحية بالعمياء وغيرها فلقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تجزئ في الضحايا أربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها -وهى التى لا يمكنها المشى برجلها العرجاء، فلو وضعتها وضعاً خفيفاً يجوز- والمريضة البين مرضها والعجفاء التى لا تنقى -النقى... إلخ أى ليس لها نقى من شدة العجف-» أخرجه الأربعة وصححه الترمذى. (عز)

(٢) وكذا مكسور القرن والجبر باء لو سمته.

(٣) وهى المجنونة لو سمنية تعتلف.

(٤) قال الزيلعى: هى التى لا تمشى إلى المنسك.

(٥) قوله: "ومقطوع" إنما جازت هذه الأربعة لأن للأكثر حكم الكل بقاءً وذهاباً؛ وأن العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه، فجعل عفواً، ومعرفة مقدار الذهاب من العين أن تشد العين المعيبة بعد أن لا تعتلف الشاة يوماً أو يومين، ثم يقرب إليها العلف قليلاً قليلاً، فإذا رأت أنه من موضع، وعلم على ذلك الموضع ثم تشد العين الصحيحة، وقرب إليها العلف... إلخ، ثم ينظر التفاوت بين الموضعين، فإن كان نصفاً أو ثلثاً، وهكذا فالذهاب. (الكشف)

(٦) قوله: "والأضحية" لأن جواز التضحية بهذه الأشياء عرف شرعاً بالنص على خلاف القياس، فيقتصر عليها، ويجوز بالجاموس لأنه نوع من البقر، بخلاف بقر الوحش، حيث لا يجوز التضحية به؛ لأن جوازها عرف بالشرع فى البقر الأهلى دون الوحش، والقياس ممتنع، والمتولد منهما تعتبر الأم، وكذا فى حق الحل تعتبر الأم. (الزيلعى)

(٧) قوله: "وجاز" الثنى من الغنم ابن ستة، ومن البقر ابن ستين، ومن الإبل ابن خمس سنين، قال عليه الصلاة والسلام: "ضحوا بالثنايا إلا أن يعسر على أحدكم فليذبح الجذع من الضأن"، أخرجه

لا غير ^{قبل النحر} الذين شاركوا في البدنة ^{الورثة الكبار الذين ماتوا عنهم البدنة} أى عن الميت ^{ذبحها عن الجميع} الكل، والجذع من الضأن، وإن مات أحد السبعة، وقالت
 الورثة: اذبحوها عنه وعنكم صح^(١)، وإن كان شريك
 الستة^(٢) نصرانياً، أو مرتدّاً^(٣)، أو نوى اللحم، لم يجز^(٤) عن
 واحد منهم، ويأكل^(٥) من لحم الأضحية، ويؤكل غنياً ^{المضحى إذا لم تكن منذورة بضم الياء وكسر الكاف}

مسلم وأصحاب السنن، قيل: هذا إذا كانت عظيمة بحيث لو خلط بالثنايا يشتهه على الناظرين من بعيد، والجذع من الضأن ما تمت ستة أشهر فى مذهب الفقهاء. (الكشف)

(١) لأن التضحية من الغير عرفت قرية؛ لأن النبي ﷺ ضحى عن أمته.

(٢) وفى بعض النسخ: شريك السبعة، أى أحد السبعة.

(٣) وفى بعض النسخ: ولا تعتمد عليه، هكذا، أو مرتدّاً، أو نوى اللحم... إلخ.

(٤) قوله: "لم يجز" وجه الفرق أن البقرة تجوز عن سبعة بشرط قصد الكل القرية، واختلاف الجهالة فيها لا يضر كالقران والمتعة، والأضحية لاتخاذ المقصود، وهو القرية، وقد وجد هذا الشرط فى الوجه الأول؛ لأن التضحية عن الغير عرفت قرية؛ لأنها عليه الصلاة والسلام ضحى عن أمته، ولم توجد القرية فى الوجه الثانى؛ لأن النصرانى ليس من أهلها.

وكذا قصد اللحم من المسلم ينافيها، وإذا لم يقع البعض قرية، خرج الكل من أن يكون قرية؛ لأن الإراقة لا تتجزأ، وهذا استحسان، والقياس أن لا يجوز، وهو رواية عن أبى يوسف؛ لأن ينزع بالاتلاف فلا يجوز عن غيره، كالإعتاق عن الميت.

قلنا: القرية تقع عن الميت كالتصدق لما روينا، بخلاف الإعتاق؛ لأن فيه إلزام الولاء للميت، ولو كان بعض الشركاء صغيراً، أو أم ولد، بأن ضحى عن الصغير أبوه، وعن أم الولد مولاها، ولم يجب عليهما جاز؛ لأن كليهما وقعت قرية، ولو ذبحوها بغير إذن الورثة فيما إذا مات أحدهم لا يجزئهم؛ لأن بعضها لم يقع قرية، بخلاف ما تقدم لوجرد الإذن من الورثة. (الزيلعى)

(٥) قوله: "ويأكل" لما روى مسلم عن أبى سعيد الخدرى، قال: قال رسول الله ﷺ: «يا أهل المدينة لا تأكلوا لحم الأضاحى فوق ثلاث فشكوا إلى رسول الله ﷺ أن لهم عيالا وحشماً وخدماء فقال كلوا وأطعموا واحبسوا وادخروا».

وروى البخارى عن سلمة بن الأكوع قال: قال رسول الله ﷺ: «من ضحى منكم ولا يصبحن ثلاثة وفى بيته منه شيء فلما كان العام المقبل قالوا يا رسول الله ﷺ! نفعل كما فعلنا العام الماضى قال كلوا وأطعموا وادخروا فإن ذلك العام كان بالناس جهد فأردت أن تعينوا فيها».

ولأنه لما جاز أكل المضحى منها وهو غنى جاز أن يؤكل الغنى. (شرح النقاية)

لما روينا
ويدخر، ونَدَب^(١) أن لا ينقص الصدقة من الثلث، ويتصدق
أى بجلد الأضحية
بجلدها، أو يعمل^(٢) منه نحو جراب وغربال^(٣)، ونَدَب^(٤) أن
أى الدبج
يذبح بيده إن علم ذلك، وكره^(٥) ذبح الكتابي ولو غلطا^(٦)،

(١) قول: "وندب" لأن الجهات ثلاثة: الأكل والادّخار والإطعام؛ لما ذكرنا من الأحاديث، فانقسمت الأضحية عليها أثلاثاً، والإطعام التصدق لما فى رواية: صدقوا بدل أطعموا، ولقوله تعالى: ﴿وَأَطْعِمُوا الْقَانِعَ وَالْمُعْتَرَّ﴾، والقانع السائل، يقال: قنع قنوعاً كمنع، إذا سأل وخضع وقنع قناعة، كفجرح إذ رضى بما عنده، وبما يعطى من غير سؤال، والمعتزض لغير السؤال، والمراد بالقانع الراضى، وبالمعتزض بالمسؤال وهو الأظهر. (شرح النقاية)

(٢) قوله: "أو يعمل" لأنه جزء منها، فكان له التصدق والانتفاع به، ألا ترى أن له أن يأكل لحمها، ولا بأس بأن يشتري به ما ينتفع بعينه مع بقاء استحساناً، وذلك مثل ما ذكرنا؛ لأن المبدل حكم البدل، ولا يشتري به ما لا ينتفع بثده إلا بعد الاستهلاك، نحو اللحم والطعام، ولا يبيعه بالدرهم لينفق الدرهم على نفسه وعياله، والمعنى فيه أنه يتصرف على قصد التمول، واللحم بمنزلة الجلد فى الصحيح، حتى لا يبيعه بما لا ينتفع به إلا بعد الاستهلاك.
ولو باعهم ليتصدق بها جاز؛ لأنه قربة كالتصدق بالجلد واللحم، وقوله عليه الصلاة والسلام: من باع جلد أضحية فلا أضحية له، ليفيد كراهة البيع، وأما البيع فجائز لوجود الملك والقدرة على التسليم. (الزيلعى)

(٣) وأعلم أن فى التكملة والكشف عبارة، وما وجدناه فى غيرها، وهى: ولا يعطى أجرة الجزء، ولا فى نسخ الشروح التى عندنا. (عز)

(٤) قوله: "وندب" أى وندب للمضحى الذبح بيده إن أحسن الذبح؛ لأنه قربة، والأولى فى القرية التى تقبل النيابة أن يتولاها صاحبها بنفسه، وقد نحر النبى ﷺ ثلاثاً وستين بدنة بيده الشريفة فى حجة الوداع عدد سنى عمره الكريم، وإلا أى إن لم يحسن بيده أمر غيره بذبحها.
وينبغى أن يشهدا بنفسه؛ لما روى الحاكم فى "مستدركه" والبيهقى فى "سننه"، والطبرانى فى "معجمه" عن عمران بن حصين أن النبى ﷺ قال لفاطمة: قومى إلى أضحيتك فاشهد بها، فإنه يغفر لك عند أول قطرة من دمها كل ذنب عملته، وقولى: إن صلاتى ونسكى ومحياى ومماتى لله رب العالمين، لا شريك له وبذلك أمرت وأنا أول المسلمين، قال عمران: قلت: يا رسول الله هذا لك ولأهل بيتك خاصة أم للمسلمين عامة؟ فقال: بل للمسلمين عامة. (شرح النقاية)

(٥) قوله: "وكره" لأنه من عمل القرية، وهو ليس من أهلها، وتجاوز لأنه من أهل الزكاة والقرية، أقيمت بإنابة دينية، وأما ذبح المجوسى فيحرمها. (الكشف والطائى)

(٦) قوله: "ولو" أى ولو غلطا، قيّد بالغلط لما فى "نوادير ابن سماعة" عن محمد رحمه الله لو

واحد منهما
ذبحها عن الأضحية
وذبح كل أضحية صاحبه صح عنهما ولا يضمنان.

تعمد فذبح أضحية رجل عن نفسه لم يجز عن صاحبها، وفي الغلط جاز عن صاحبها، ولا يشبه العمد الغلط، ولو ضمته قيمتها في العمد جازت عن الذابح.

وفي الإيملاء: قال محمد رحمه الله: لو ذبحها متعمداً عن صاحبه يوم النحر، ولم يأمره جاز أيضاً استحساناً؛ لأنها هيئت للذبح، وذبح كل أضحية صاحبه، أى عن نفسه، صرح به في البدائع وغيرها، ويدل عليه لفظ غلط؛ لأنه يفيد أنه ظن كونها شاة فلا يذبحها إلا عن نفسه عادة صح، ووقع عن صاحبه، وهو المصرح في كتب المذهب، فيأخذ كل واحد مسلوخة من صاحبه.

وإن كان قد أكل ثم علما، فليحلل صاحبه، ويجزيهما؛ لأنه لو أطعمه ابتداء يجوز، وإن كان غنياً، فكذلك أن يحلله انتهاء، وإن تشاطا فلكل تضمين صاحبه قيمة لحمه، ويتصدق بتلك القيمة، ولا ضمان عليهما استحساناً لا قياساً، وهو قول زفر؛ لأنه ذبح شاة غيره بلا أمره، فيضمن كشاة اشتراها القصاب، وجه الاستحسان أنها تعينت للذبح حتى وجب عليه أن يضحى بها بعينها - في نذر الغنى وشراء الفقير - وكره تبديلها بغيرها - إن كان غنياً - فصار المالك مستغنيا بكل من كان أهلاً للذبح، أدنا له دلالة لفواتها بمضى المدة، فصار كما إذا ذبح شاة شد القصاب رجلها للذبح. (الكشف وحاشيته)

كتاب^(١) الكراهية^(٢)

المكروه^(٣) إلى الحرام أقرب، ونص^{عندما}^(٤) محمد أن كل

مكروه حرام

فصل^(٥) فى الأكل والشرب

كره لبن الأتان^(٦)، والأكل^{الأهلية} والشرب^{أى وكفه الأكل} والادّهان والتطيّب^(٧)

(١) قوله: "كتاب" المناسبة بين كتاب الأضحية وكتاب الكراهية أن الكراهية توجد فى عامة مسائل الأضحية أيضاً، ألا ترى أن التضحية فى ليالى أيام النحر مكروهة، وكذا جزّ صوفها وحلب لبنها، وإبدال غير مكانها، وكذلك ذبح الكتائب. (الشلبى)

(٢) قوله: "الكراهية" بعضهم ترجمه بكتاب الكراهية، وبعضهم ترجمه بكتاب الزهد والورع، وبعضهم بالاستحسان، أما تسميته بالكراهية فلما فيه من بيان ما يكره من الأفعال وما لا يكره، وبيان المكروه أهم لوجوب الاحتراز عنه، فلذا اقتصر فى الترجمة على ما يفيد، وأما ترجمته بكتاب الزهد والورع فلأن فيه كثيراً من المسائل أطلقها الشرع، والزهد والورع تركها. وأما ترجمته بالاستحسان فلما فيه من بيان ما حسنه الشرع وقبحه، ولفظ الاستحسان أحسن؛ أن كثيراً من مسائله استحسان لا مجال للقياس فيها، والاستحسان إخراج المسائل الحسان، وأشبه ما قيل فيه أنه ترك القياس والأخذ بما هو أرفق للناس، أو طلب السهولة فى الأحكام فيما يبتلى به الخاص والعام. (الطحطاوى)

(٣) هو ما يكون تركه أولى من تحصيله، أى كل فعل أطلق عليه من هذه المادة شىء.

(٤) قوله: "ونص" وإنما لم يطلق لفظ الحرام؛ لأنه لم يجد فيه نصاً قطعياً، فكان نسبة المكروه إلى الحرام عند محمد رحمه الله كنسبة الواجب إلى الفرض، وعن الإمام أبى يوسف أنه إلى الحرام أقرب، وهذا الحد للمكروه كراهة تحريم.

وأما المكروه كراهة تنزيه فإلى الحلال أقرب، هذا خلاصة ما ذكره فى الكتب المعتمدة، ولبعض المتأخرين كلمات هنا طويلة الذيل لا حاصل لها، تركناها عمداً. (التكملة)

(٥) قوله: "فصل" أى فصل فى بيان أحوال الأكل والشرب ما يحرم منهما وما يباح وما يكره، واعلم أن الأكل والشرب لدفع الهلاك فرض، ولو من ميتة، أو مال الغير وإن ضمنه. (العيني والطائى)

(٦) "لبن الأتان" لأن اللبن متولد من اللحم، فصار مثله، وكذا لبن الخيل يكره عند أى

من ^(١) إناء ذهب وفضة للرجل والمرأة، لا ^(٢) من رصاص
 كتنور وسنور وسيطر جوهر أبيض شفاف وإحدى بلورة. ^(٣) وحل الشرب من إناء مفضض،
 أي مزوقه بالفضة

والركوب على سرج مفضض، والجلوس على كرسى
 خلافا لأبي يوسف أي يجنب ^(٤) موضع الفضة، ويقبل قول الكافر في
 مفضض، ويتقى

حنيفة كلحمه، هكذا ذكره قاضي خان في فتاواه.

ولا تؤكل الجلالة، ولا يشرب لبنها؛ لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن أكلها وشرب لبنها،
 والجلالة هي التي تعتاد أكل الجيف والنجاسة، ولا تخلط، فيتغير لحمها، فيكون متنتاً، ولو حبست
 حتى يزول اللبن حلت، ولم قدر لذلك مدة في الأصل، وقدره في "النوادر" بشهر، وقيل: بأربعين
 يوماً في الإبل، وبعشرين يوماً في البقر، وب عشرة أيام في الشاة، وثلاثة أيام في الدجاجة.
 أما التي تخلط بأن تتناول غيرها على وجه لا يظهر أثر ذلك في لحمها، فلا بأس به، ولهذا يحل
 أكل لحم جدى غذى بلبن الخنزير؛ لأن لحمه لا يتغير، وما غذى به يصير مستهلكاً لا يبقى له أثر، وعلى
 هذا قالوا: لا بأس بأكل الدجاج؛ لأنه يخلط ولا يتغير لحمه. (الزيلعي)

(٧) والاكتحال بميلهما، والأكل بمعلقتهما، ونحو ذلك.

(١) قوله: "من" لأنه تشبه بزي المشركين، وتنعم بنعم المترفين، قال عليه الصلاة والسلام: «في
 الذي يشرب في إناء الذهب والفضة إنما يجرجر في بطنه نار جهنم»، أخرجه البخاري ومسلم، ومعنى
 يجرجر يردد نار جهنم - بالنصب -.

وأتى أبو هريرة بشراب في إناء فضة، فلم يقبل، وقال: نهانا عنه رسول الله ﷺ، هذا الحديث لم
 يصح عن أبي هرير، وهو في الكتب لأنه استعمال. (الكشف وحاشيته)

(٢) قوله: "لا" أي لا يكره الأكل والشرب والادهان والتطيب من رصاص وزجاج وبلور
 وعقيق، وقال الشافعي: يكره جميع ذلك لوقوع التفاخر بها.
 قلنا: لا نسلم، ولئن سلمنا فهي ليست في معنى الذهب والفضة، فلم تلتحق بهما، ويجوز
 استعمال الأواني من الصفر؛ لما ثبت في البخاري وغيره أنه عليه الصلاة والسلام توضع من تور من
 صفر. (العيني)

(٣) محوراً حمراً يكون باليمن، ولبسوا حل بحر رومة أنه جنس بمسد، كما يجرى من اللحم
 اللحم، فيعمطو قميص عقيقه تعمل منه.

(٤) قوله: "وتبقى" لأنه تابع ولا معتبر بالتابع كالجبة المكفوفة بالحريز، والعلم في الثوب،
 ومسمار الذهب في الفص، والخلاف إنما هو في الذي يخلص، وأما التمويه الذي لا يخلص فلا بأس به
 بالإجماع. (الكشف)

الحل^(١) والحرمة، والمملوك^(٢) والصبي في الهدية^(٣) والإذن^(٤)،
 أى ويقبل قول
 وهى ما يكون فيما بين العباد
 أى لا يقبل فى الديانات
 والفاسق فى المعاملات^(٥)، لا فى الديانات^(٦)، ومن دعى إلى

(١) قوله: "فى الحل" قال الزيعى: وهذا سهو؛ لأن الحل والحرمة من الديانات، ولا يقبل قول الكافر فى الديانات، وإنما قبل قوله فى المعاملات خاصة؛ للضرورة.
 وقال فى "الدر": ويقبل قول كافر ولو مجوسياً، قال: اشترت اللحم من كتابى فيحل، أو قال: اشتريته من مجوسى فيحرم، ولا يردده بقول الواحد، وأصله أن خبر الكافر مقبول بالإجماع فى المعاملات لا فى الديانات، وعليه يحمل قول "الكنز": ويقبل قول الكافر فى الحل والحرمة، يعنى الحاصلين فى ضمن المعاملات، لا مطلق الحل والحرمة، كما توهمه الزيلعى.
 وفى "الطحطاوى": ويدل عليه ما ذكر حافظ الدين -صاحب "الكنز"- فى كافيه حيث قال: يقبل قول الكافر فى الحل والحرمة، حتى لو كان له أجير مجوسى، أو خادم مجوسى، فأرسله ليشتري له لحماً، فاشترى، وقال: اشتريته من يهودى، أو نصرانى، أو مسلم، وسعه أكله، وإن كان غير ذلك، لم يسعه أكله، ثم قال: وأصله أن خبر الكافر فى المعاملات مقبول بالإجماع؛ لصدوره من عقل ودين مانع من الكذب، ومساس الحاجة إلى قبوله لكثير المعاملات، وكونه من أهل الشهادة فى الجملة.
 قال فى "التبيين": فحينئذ تدخل الديانات فى ضمن المعاملات، فيقبل قوله فيها ضرورة، وكم من شىء صح ضمناً وإن لم يصح قصداً، ألا ترى أن بيع الشرب وحده لا يجوز تبعاً للأرض يجوز... اهـ، ما قاله الطحطاوى.

(٢) قوله: "والمملوك" أى خبر هؤلاء يقبل فيما ذكره؛ لأنه من المعاملات، وأصله أن المعاملات يقبل فيها خبر كل مميز حراً كان أو عبداً، مسلماً هو كافراً، صغيراً أو كبيراً؛ لعموم الضرورة الداعية إلى سقوط اشتراط العدالة، فإن الإنسان قلماً يجد المستجمع لشروط العدالة ليعامله أو يستخدمه، ويبعثه إلى وكلاءه، ونحو ذلك، ولا دليل مع السامع بعمل به سوى الخبر، فلو لم يقبل خبره لا يمتنع باب المعاملات، ووقعوا فى حرج عظيم، وبابه مفتوح؛ لأن كل معاملة لا تخلو عن ديانة، فلو لم يقبل فيها فى ضمن المعاملات لأدى إلى الحرج، وكان ينسد باب المعاملات بالكلية، وهو مفتوح، فيقبل قول المميز فيها ضرورة، بخلاف الديانات المقصود؛ لأنها لا يكثر وقوعها، كالمعاملات، فلا حرج فى اشتراط العدالة، ولا حاجة إلى مقبول قول الفاسق؛ لأنه متهم فيها، وكذا الكافر والصغير متهمان.
 (الزيلعى)

(٣) بأن قال المملوك: هذه هدية أهداها إليك سيدى، أو قال الصبي: هذه هدية أهداها إليك أبى.

(٤) سواء كان بالتجارة أو بدخول الدار مثلاً.

(٥) كالتوكيل والإذن فى التجارة وكل شىء ليس فيه إزام ولا ما يدل على النزاع.

(٦) وهى ما يكون بين العبد والرب، كالإخبار وبخل الطعام.

وهي طعام العرس أي هناك بكسر العين وسكونها من الوليمة
 وليمة وثمة^(١) لعب وغناء^(٢)، يقعد ويأكل.

(١) قوله: "وثمة" أي إذا حدث اللعب والغناء هناك بعد حضوره يقعد ويأكل ولا يترك ولا يخرج؛ لأن إجابة الدعوة سنة، قال عليه الصلاة والسلام: «من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم»، فلا يتركها لما أقرنت البدعة من غيره، كصلاة الجنازة لا يتركها لأجل النائحة، فإن قدر على المنع منعهم، وإن لم يقدر يصبر، لقوله عليه الصلاة والسلام: «من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان».

هذا إذ لم يكن مقتدى به، فإن كان مقتدى به، ولم يقدر على منعهم، يخرج، ولا يقعد؛ لأن في ذلك شين الدين، وفسخ باب المعصية على المسلمين، وإن كان ذلك على المائدة، فلا يقعد؛ لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَقْعُدُوا بَعْدَ الذِّكْرِ مَعَ الْقَوْمِ الظَّالِمِينَ﴾.

وإن كان هناك لعب وغناء قبل أن يحضرها فلا يحضرها؛ لأنه لا يلزمه إجابة الدعوة إذا كان هناك منكر. (الزيلعي بحذف)

ولا يخفى أن قوله: "وثمة" إلخ جملة حالية عن نائب فاعل "دعى"، فيفيد وجود ذلك حال الدعوى □ فلو قال: فحضر لعب لكان أولى. (التكملة)

(٢) بالكسر والمد: السماع، وبالكسر والقصر: اليسار، وبالفتح والمد: النفع.

فصل^(١) في اللبس^(٢)

لو قال: على الرجل كان أصوب أى لا يحرم والديباغ ولو بحال.

فإنها تحمل للرجل أيضاً

حرم^(٣) للرجل^(٤) لا للمرأة لبس الحرير إلا قدر أربعة

أصابع^(٥)، وحل^(٦) توسده وافتراشه، ولبس^(٧) ما سداه حرير

(١) قوله: "فصل" لما ذكر مقدمات مسائل الكراهية ذكر ما يتوارد على الإنسان مما يحتاج إليه، فقدم فصل الأكل والشرب؛ لأن احتياج الإنسان إلى الأكل والشرب أشد من احتياجه إلى النظر لتحقيق الزول في جميع الأوقات دون الثاني. (التكملة)

(٢) قول: "اللبس" اعلم أن اللباس على أنواع: الأول الفرض، وهو ما يستتر العورة، ويدفع الحر والبرد، والأولى كونه من القطن أو الكتان أو الصوف على وفاق السنة، بأن يكون ذيله لنصف ساقه، وكمه لرؤوس أصابعه، دفعه قدر شبر.

الثاني: مستحب وهو الزائد لأخذ الزينة وإظهار نعمة الله تعالى.

الثالث: مباح، وهو الثوب الجميل للترزين في الأعياد والجمع ومجامع الناس لا جميع الأوقات.

الرابع: مكروه، وهو اللبس للتكبر، ويستحب الأبيض وكذا الأسود.

(٣) قوله: "حرم" يعنى يحرم على الرجل لا على المرأة لبس الحرير واللام تأتى بمعنى على، قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا﴾ أى جعلها، وإنما حرم لبس الحرير على الرجال دون النساء؛ لما روى أبو موسى الأشعري أن النبي ﷺ قال: أحل الذهب والحرير للإناث من أمتي، وحرم على ذكورها، رواه أحمد والنسائي والترمذي، وصححه إلا أن اليسير معفو عنه، وهو مقدار أربع أصابع؛ لما روى أحمد ومسلم والبخاري: «نهى عن لبس الحرير إلا موضع أصبعين أو ثلاثة أو أربع»، الحديث. (التكملة بحذف)

(٤) قوله: "للرجل" ومن الناس من أباح لبس الحرير والديباغ للرجال والنساء، ومنهم من منع عليهما جميعاً، ولنا حديث على وغيره أنه ﷺ خرج وباحدى يديه حرير وبالأخرى ذهب، فقال: هذان حرامان على ذكور أمتي، حلال لإناثهم. (الطحاوى)

(٥) قوله: "أصابع [من أصابع عمر رضى الله عنه وذلك قدر شبر]" اعلم إن وقع خلاف فى اعتبار الأصابع فقليل مضمومة وقيل منشورة، وقيل بين بين، والتحرز عن مقدار المنشورة أولى، كما قال بعض أهل المذهب، وظاهر المذهب عدم جمع التفرق، ولو فى إمامة، كما بسط فى "القنية". (عز)

(٦) قوله: "وحل" أى يجوز أن يجعل الحرير وسادة، أى مخدة ويفرشه عند أبى حنيفة رحمه الله، وقالوا: يكره للعمومات؛ لأنه من زي المترفين، وهيئة المتصين من الكفار والفجار، وقد مذهبهم الله تعالى بقوله تعالى: ﴿أَذْهَبْتُمْ طَيِّبَاتِكُمْ فِي حَيَاتِكُمُ الدُّنْيَا وَاسْتَمْتَعْتُمْ بِهَا﴾، ويقولهما قال مالك

أى لا فى غير الحرب
ولحمته قطن أو خز^(١)، وعكسه^(٢) حلّ فى الحرب فقط،
أى لا يتزَيّن لأنها فى معنى الذهب قدر مثقال فما دونه
ولا يتحلّى الرجل بالذهب والفضة إلا^(٣) بالخاتم،

والشافعى، وهو الصحيح.

(قال فى الشربلالية: قلت: هذا التصحيح خلاف ما على المتون المعتمدة والشرح-ط) كما فى صحيح البخارى عن ابن أبى ليلى عن حذيفة قال: نهانا رسول الله ﷺ أن نشرب فى آنية الذهب والفضة وأن نأكل فيهما، وعن لبس الحرير والديباج، وأن نجلس عليهما. ولأبى حنيفة ما أخرجه ابن سعد فى الطبقات فى ترجمة ابن عباس عن راشد مولى ابن عامر قال: رأيت على فراش ابن عباس مرفقة حرير.

وما أخرجه عن مؤذن بنى وداعة قال: دخلت على ابن عباس وهو متكئ على مرفقة حرير وسعيد بن جبيرة عن رجله، وهو يقول: انظر كيف تحدث فإنك حفظت عنى كثير. (شرح النقاية)

(٧) قول: "ولبس" أى وحل أيضاً لبس الثوب الذى سداها حرير ولحمته قطن، أو خزّ فى الحرب وغيره؛ لأن الصحابة رضوان الله عليهم كانوا يلبسون الخبز، ورواه ابن أبى شيبة من فعل أنس بن مالك وحسين بن على رضى الله عنهم، ورواه عبد الرزاق عن سعد بن أبى وقاص وابن عمر وجابر بن عبد الله وأبى سعيد وأبى هريرة وأنس بن مالك ستة من الصحابة رضى الله عنهم الخبز مسدّى بالحرير. ولأن الثوب إنما يصير ثوباً بالنسج والنسج باللحمة، فكانت هى المعتمدة؛ لما عرف من أن الاعتبار فى الحكم الآخر جزرى العلة. (عز)

(١) اسم دابة، ثم أطلق على الثوب المتخذ من وبرها.

(٢) قوله: "وعكسه" أى وحل عكس الحكم المذكور، وهو ما لحمته إبريسم وسداها غيره فى حرب فقط، أى ولا يلبس فى غيرها، وأما الخالص فلا يلبس فى الحرب عند أبى حنيفة، ويلبس عندهما وهو قول مالك والشافعى؛ لأنه أرفع للسلاح وأهبل للعدو.

ولأبى حنيفة أن النصوص الناهية عن لبسه لم تفصل بين حال، ورفع السلاح والهيبة يحصلان بالخلوط الذى لحمته حرير، وأما ما فى "كامل ابن عدى": عن الحكم بن عمير وكان من أصحاب النبى ﷺ قال رخص رسول الله ﷺ فى لباس الحرير عند القتال، فقد أعلمه عبد الحق يعيسى فى رواية، وقال إنه ضعيف عندهم، بل متروك، وفى "طبقات ابن سعد" بسنده إلى الحسن، قال: كان المسلمون يلبسون الحرير فى الحرب... اهـ، وهو على تقدير صحته قابل للتأويل، كما لا يخفى. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "إلا" أى وحل التحلى بهذه الثلاثة إذا كانت من فضة تحقيقاً للمعنى النموذج؛ لأن التحلى بالفضة والذهب من النعم الأخروية، وللنعم الأخروية نموذج فى الدار الدنيا، والفضة أغنت عن الذهب، إذ هما من جنس واحد، وقد جاء فى إباحة التختّم بخاتم الفضة آثار، منها ما روى أنه كان له ﷺ خاتم فضة، وفصّه منه نقشه محمد رسول الله، محمد سطر، ورسول سطر، والله سطر، ورواه

ويلحق بالسلطان الأمير

يكسر الميم وسمى بالفارسية كمرند

والمنطقة وحلية السيف من الفضة، والأفضل لغير السلطان

أى لغير القاضي

سواء تختم رجل أو امرأة

والقاضي ترك التخت^(١)، وحرّم^(٢) التخت بالحجر والحديد

والرصاص ونحو ذلك

والصفر والذهب^(٣)، وحلّ مسمار الذهب يجعل في

أى ثقبه لأنه تابع كالعلم في الثوب

المتحرك

جحر الفص، وشد^(٤) السن بالفضّة، لا بالذهب،

السته. (عز والكشف)

(١) لأنهما محتاجان إلى الختم لا غيرهما.

(٢) قوله: "وحرّم" ولا يجوز "للرجل والمرأة أن يتختما بهذه الأشياء، أطلق في الحجر فشمّل أنواع الحجر كلها، واستثنى منه بعضهم الثيب، وهو الأصح، وبعضهم العقيق أيضاً، وهو الأصح أيضاً، قال عليه الصلاة والسلام: «تختّموا بالعقيق فإنه مبارك»، واستدل على حرمة التختّم بالحديد والصفر بأنه عليه الصلاة والسلام رأى على رجل خاتم صفر، فقال: ما لى أجد منك رائحة الأصنام، وبما روى عن عبد الله بن بريدة قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ خاتم من حديد، فقال: ما لى أرى عليك حلية أهل النار، أخرجه أبو داود والترمذى والنسائى، وأما الحجر فإنه تتخذ منه الأصنام، فأشبهه الصفر.

(٣) قوله: "والذهب" أى لا يحل للرجال التختّم بالذهب، وقد تفوّه بعض من الاعتداد به أن التختّم بالذهب كالتختّم بالفضّة، وهو ليس إلا كقولهم: كما نص في القرآن العزيز: ﴿إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا﴾، ألا ترى إلى ما أخرجه الجماعة إلا البخارى من حديث عبد الله بن جبير أن رسول الله ﷺ نهى عن التختّم بالذهب.

وأخرج الترمذى والنسائى عن أبى موسى الأشعرى أن رسول الله ﷺ قال: «حرّم لباس الحرير والذهب على ذكور أمتى وأحلّ لإناثهم». (عز)

(٤) قوله: "وشد" أى يحل شد السن المتحرك بالفضّة، ولا يحل بالذهب، وإذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف، وقال محمد رحمه الله: يحل بالذهب أيضاً، وهو رواية عنهما؛ لما روى أن عرفة بن سعد أصيب الغز يوم كلاب، فاتخذ أنفاً من فضة فأنتن، فأمره النبي ﷺ أن يتخذ أنفاً من ذهب. ولأن الفضة والذهب من جنس واحد، والأصل الحرمة فيهما، فإذا حل التضييب بأحدهما حل بالآخر.

ووجه المذكور هنا أن استعمالهما حرام إلا للضرورة، وقد زالت بالأدنى، وهو الفضة، فلا حاجة الأعلى، فبقى على الأصل، وهو الحرمة، والضرورة فيما روى لم تندفع بالفضّة، حيث أتنت؛ ولأن كلامنا فى السن، والمرؤى فى الأنف، فلا يلزم من عدم الإغناء فى الأنف الإغناء بالسن، ألا ترى أن التختّم جاز لأجل الختم، ثم لما وقع الاستغناء بالأدنى لا يصار إلى الأعلى، ولا يجوز قياسه على

أي لا تكره وهو مقيد بما إذا كانت للحاجة لا للتكبر

وكره^(١) إلباسُ ذهبٍ وحرير صبيًا لا الخرقه لوضوء ومخاط
والرتم^(٢).

فصل^(٣) في النظر واللمس

الرجل
أى المرأة الحرة الأجنبية
لا ينظر^(٤) إلى غير وجه الحرة وكفيها ولا ينظر من^(٥)
الأنف، فكذا هنا.

(١) كالخمر لما حرم شربه حرم سقيه.

(٢) قوله: "والرتم" أى ولا يكره الرتم، وهو الخيط الذى يعقد على الأصبع لتذكر الشيء،
فعقده لا يكره؛ لأنه ليس بعث؛ لأن فيه غرضاً صحيحاً، وهو التذكر، إنما ذكر هذا لأن من عادة بعض
الناس شد الخيوط على بعض الأعضاء، وكذا السلاسل وغيرها، وذلك مكروه؛ لأنه محض عبث،
فقال: إن الرتم ليس من هذا القبيل. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "فصل" لَمَّا أنهى الكلام على مسائل اللبس، وقدمه لشدة الاحتياج إليه ذكر بعده
مسائل النظر؛ لأنها أكثر وقوعاً من مسائل الاستبراء، فلنا إقدامها ومسائل النظر أقسام أربعة: نظر
الرجل إلى المرأة، ونظر المرأة إلى الرجل، ونظر الرجل إلى الرجل ونظر المرأة إلى المرأة، والقسم الأول
منها على أربعة أقسام، نظر الرجل إلى الأجنبية، ونظره إلى زوجته وأمه، ونظره إلى ذوات
محارمه، ونظره إلى أمة الغير. (التكملة)

(٤) قوله: "لا ينظر" قال الشارح: وهذا الكلام فيه خلل؛ لأنه يؤدى إلى أنه لا ينظر إلى شىء
من الأشياء إلا إلى وجه الحرة وكفيها، فيكون تحريضاً إلى النظر إلى هذين العضوين، وإلى ترك النظر
إلى كل شىء سواهما... اهـ، فلا يخفى متأمل عدم هذا الخلل؛ لأن حرف "إلى" بدل "عن" من
الابتدائية التى إلى غايتها، فهو فى قوة المنطوق، فالتقدير لا يجوز له النظر من المرأة إلى غير الوجه
وكفيها لا التحريض، والأصل فى هذا أن المرأة عورة مستورة؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «المرأة
عورة»، والمستورة إلا ما استثناه الشرع، وهما عضوان.

ولأنها محتاجة إلى إبداء ذلك لحاجتها إلى الإشهاد، وإلى الأخذ والإعطاء، ومواضع الضرورة
مستثناة عن قواعد الشرع،، والقدم كالوجه فى رواية الحسن، كما ذكره الطحاوى؛ لأنها تحتاج إل يد
وقدمها إذا مشت حافية ومتعلقة، وقد لا تجد حقاً فى كل وقت، وأما ذكره فى الهداية عن على من نظر
إلى محاسن المرأة أجنبية عن شهوة صب الله فى عينيه الآنك يوم القيامة، فالمعروف من هذا الحديث من
استمع إلى حديث قوم وهم كارهون صب فى أذنيه الآنك يوم القيامة، وهو الحديث صحيح رواه
البخارى. (التكملة بحذف وشرح النقاية)

(٥) قوله: "من" [أراد أن صاحب الشهوة لا يجوز له أن ينظر] لأنه عليه الصلاة والسلام قال

مع جواز النظر إليه عند عدم الشهوة

اشتبهى إلى وجهها إلا^(١) الحاكم والشاهد^(٢)، وينظر^(٣) الطبيب
فقط. أى إلى كل بدن الرجل

إلى موضع مرضها، وينظر الرجل إلى الرجل إلا
أى كـ ينظر الرجل إلى الرجل
العورة^(٤)، والمرأة^(٥) للمرأة، والرجل كالرجل

وهو جواز النظر إلى جمع البدن غير العورة
معناه عن شهوة وغير شهوة
للرجل، وينظر الرجل إلى فرج^(٦) أمته وزوجته، ووجه^(٧)

لعلى رضى الله عنه: «لا تتبع النظرة النظرة فإن الأولى لك والثانية عليك»، وأراد بالثانية النظر عن شهوة، وروى أصحاب السنن مرفوعاً: «أن الله كتب على ابن آدم حظاً من الزنا أدرك ذلك لا محالة، فلا فى المعصيين النظر» الحديث. (عز)

(١) قوله: "إلا" لكن لا يقصد قضاء الشهوة تحريزاً عمله يمكنه التحرز عنه، أما النظر لتحمل الشهادة إن اشتبهى، قيل يباح، والأصح أنه لا يباح؛ لأنه يوجد من لا يشتبهى، فلا ضرورة، بخلاف حالة الأداء. (الكشف)

(٢) فإنهما ينظر مطلقاً للضرورة إحياء لحقوق الناس.

(٣) قوله: "وينظر" أى بقدر الضرورة، إذ الضرورات تتقدر بقدرها، وكذا نظر قابلة وختان، وينبغي أن يعلم امرأة تداويها؛ لأن نظر الجنس إلى الجنس أخف. (الدر)

(٤) قوله: "إلا العورة" أى ما كان عورة له، وهى ما بين سرته إلى ركبته، وتقدم بدليله فى كتاب الصلاة، لا ما كان عورة فى الجملة، فإن نحو رأس المرأة عورة مع أنه من الرجل يجوز النظر إليه. (الكشف)

(٥) قوله: "والمرأة" معناه المرأة والرجل للمرأة كالرجل للرجل، أى نظر المرأة إلى المرأة والرجل كتنظر الرجل إلى الرجل، حتى لا يجوز للمرأة أن تنظر منهما إلى ما يجوز للرجل أن ينظر إليه من الرجل إذا أمنت الشهوة والفتنة، لأن ما ليس بعورة لا يختلف فيه النساء والرجال، فكان لها أن تنظر منه ما ليس بعورة، وإن كان فى قلبهما شهوة، أو فى أكبر رأيها أنها تشتبهى، أو شكّت فى ذلك، يستحب لهم أن تغضّ بصرها، ولو كان النظر إلى ما يجوز له منها كالوجه والكف لا ينظر إليه حتماً مع الخوف؛ لأنه يحرم عليه.

ووجه الفرق بين نظرها ونظره أن الشهوة عليهن غالبية، وهى كالتحقق حكماً، فإذا اشتبهى الرجل كانت الشهوة موجودة من الجانبين، وإذا اشتبهت هى لم يوجد إلا منها، فكانت من جانب واحد، والموجود من الجانبين أقوى فى الإفضاء إلى الوقوع، وإنما كان للمرأة إلى ما جاز للرجل أن ينظر من المرأة إلى ما جاز للرجل أن ينظر إليه من الرجل للمجانسة، وانعدام الشهوة غالباً، كما فى نظر الرجل، وكذا الضرورة قد تحققت فيما بينهن. (الزيلعى)

(٦) قوله: "فرج" قال عليه الصلاة والسلام: «غضّ بصرك إلا عن أمتك وامراتك»، أخرجه

أى لا ينظر إلى... إلخ
 محرمة^(١) ورأسها وصدرها وساقها وعضديها، لا إلى ظهرها
 الرجل من محارمه
 وبطنها وفخذها، ويمس^(٢) ما حل النظر إليه، وأمة غيره
 أى للرجل
 أى المذكور من الرأس ونحوه
 كمحرمة^(٣)، وله^(٤) مس ذلك إذا أراد الشراء وان اشتبهى،
 وصلىة

أبو داود في الحمام، والترمذى في الاستئذان، والنسائي في عشرة النساء، وابن ماجه في النكاح، كلهم عن معاوية بن حيدة مرفوعاً.

ولأن ما فوق ذلك من الغشيان جائز، فالنظر أولى؛ إلا أن الأولى عدم النظر من كل منهما إلى عورة صاحبه، قال عليه الصلاة والسلام: «إذا أتى أهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد البعير»، أخرجه الطبراني عن أبي أمامة مرفوعاً، والعبير: الحمار الوحش، قيده لأن في الأهلى نوع ستر من الأفتاب والشفر. (الكشف وحاشيته)

(٧) قوله: "وجه" أى يجوز أن ينظر إلى وجه محرمه إلى آخر ما ذكره، لا يجوز إلى ظهرها، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَلَا يُدْرِكُنَ رِيَّتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ﴾ الآية، ولم يرد به نفس الزينة؛ لأن النظر إلى عين الزينة مباح مطلقاً، ولكن المراد موضع الزينة، فالرأس موضع التاج، والشعر والوجه موضع الكحل، والعنق والصدر موضعا القلادة، والأذن موضع القرط، والعضد موضع الدملاج، والساعد موضع السوار، والكف موضع الخاتم والخصاب، والساق موضع الخللخال، والقدم موضع الخصاب، بخلاف الظهر والبطن والفخذ؛ لأنها ليست بمواضع الزينة. (الزيلعي)

(١) كأمه وبنته وأخته وعمته وخالته وكل من لا يحل له نكاحها على التأييد بنسب أو بسبب، كالرضاع والمصاهرة، وإن كان بزنا. (العيني)

(٢) قوله: "ويمس" لتحقيق الحاجة إلى ذلك في المسافرة والمخالطة، وكان عليه الصلاة والسلام يقبل رأس فاطمة، ويقول: أجد منها ريح الجنة، وكان إذا قدم من سفر بدأها فقبلها وعانقها، وقال: من قبل رجل أمه فكأنما قبل عتبة الجنة، ولا بأس بالخلوة معها. (الزيلعي)

(٣) قوله: "كمحرمة" فينظر إليها كما ينظر إلى محرمه، ويمتنع ما يمتنع من الظهر والبطن؛ لأنها تخرج للخدمة في ثياب مهتها، فهي بالنسبة إلى الأجانب خارج البيت، كاخرة بالنسبة إلى الأقارب داخل البيت. (الكشف والعيني)

(٤) قوله: "وله" أى جاز له أن يمس كل موضع يجوز له أن ينظر إليه، كالصدر والساق والذراع والرأس، وتقلب شعره وإن خاف الشهوة؛ لأن هذه الموضع ليست بعورة، فيجوز مسه من غير شهوة، كما يجوز النظر إليه إذا أمن الشهوة، وإن لم يأمن لا يجوز، كالنظر إلا إذا أراد الشراء، فإنه يباح له النظر والمس للضرورة، وتحمل الخلوة والمسافرة بها، كما في ذوات المحارم. (الزيلعي)

ولا^(١) تعرض^(٢) الأمة إذا بلغت في إزار واحد، والخصي^{هو مقطوع الذكر والخصيتين} والمجبوب والمخنث كالفحل^(٣)، وعبدها كالأجنبي^(٤)،
ويعزل^(٥) عن أمته بلا إذنها وعن زوجته بإذنها.

(١) قوله: "ولا" لأن ظهرها وبطنها عورة، فلا يجوز كشفهما، والتي بلغت حد الشهوة، فهي كالبالغة لا تعرض في إزار واحد، روى ذلك عن محمد رحمه الله لوجود الاشتباه (زيلي).

(٢) يعني إذا أراد أن يعرض أمته للبيع فلا يعرضها في إزار واحد إذا كانت بالغة.

(٣) قوله: "كالفحل" أي كحكم الفحل الخالص في النظر إلى الأجنبية. لقول عائشة رضي الله عنها: الخصاء مثله، قال العيني: إن هذا لم يثبت عن عائشة رضي الله عنها، وإنما أخرجه ابن أبي شيبة بسنده إلى ابن عباس.

والجواب: أن عدم ثبوته عنده لا يستلزم عدم الثبوت عند المجتهد، لا هيح ما كان حراماً قبله من كلام عائشة رضي الله عنها، كما يدل عليه كلام الثقات في المعبرات، فكان أتم الدليل على المدعى. ولأنه فحل يجامع، وكذا المجبوب؛ لأنه يلحق وينزل، وأما المخنث الذي في أعضائه لين، وفي لسانه تكسر، ولا يشتهي في النساء، ولا يكون مجيباً في الردى من الأفعال، فقد رخص بعض المشايخ تركه في النساء لآية: ﴿أَوِ التَّابِعِينَ غَيْرَ أُولِي﴾ إلا أنه قبل هو المخنث لا يشتهي النساء. وقال شمس الأئمة: إن آية ﴿أَوِ التَّابِعِينَ﴾ متشابهة، وآية ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَعْضَوْنَ مِنْ أَبْصَارِهِمْ﴾ محكم، فنأخذ به، ونقول: كل من الرجال لا يحل له النظر إلا الصغير لآية: ﴿أَوِ الطُّفُل﴾. (الكشف)

(٤) قوله: "كالأجنبي" أي عبد المرأة كالأجنبي من الرجال حتى لا يجوز لها أن تبدي من زينتها إلا ما يجوز أن تبديه للأجنبي، ولا يحل له أن ينظر من سيدهته إلا ما يجوز أن ينظر إليه من الأجنبية.

وقال مالك والشافعي رحمهما الله: نظره إليها كنظر الرجل إلى محارمه، لقوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾، ولا يجوز حمله على الإناث، لأنهن دخلن في قوله تعالى: ﴿أَوْ نِسَائِهِنَّ﴾.

ولنا أنه فحل غير محرم، ولا زوج، والشهوة متحققة، والحاجة قاصرة؛ لأنه لا يعمل خارج البيت، والمراد بالنص الإمام دون العبد، قال سعيد بن جبير، وسعيد بن المسيب والحسن: "لا تغرنكم سورة النور فإنها في الإناث لا في الذكور". (الزيلي بحذف)

(٥) قوله: "ويعزل" أي يعزل المولى ماء عن أمته عند الجماع بلا إذن الأمة؛ لأنه لا حق لها في الوطء، ولا يعزل الزوج عن زوجته إلا بالإذن؛ لأن لهما حقاً في الوطء، ولأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن العزل عن الحرة إلا بإذنها، وقال لمولى أمة: اعزل عنها إن شئت. (المجمع والزيلي)

فصل في الاستبراء^(١) وغيره

بشراء، أو هبة، أو إرث، أو وصية، أو غيرها

من^(٢) ملك أمة حرم وطئها ولمسها والنظر إلى فرجها

المولى أو لمسها

بشهوة حتى تستبرئ، له^(٣) أمتان^(٤) أختان قبلهما بشهوة

(١) قوله: "الاستبراء" وهو طلب براءة الرحم عن الحمل، وهو نوعان: مستحب، وهو أن البائع يستبرئها إذا أراد بيعها، واجب: وهو على المشتري، وعند مالك يجب الاستبراء على البائع صيانة لماءه، إذ يحتمل أنها علقت منه.

ولنا أنها ملك البائع، وحقه قائم في الوطء، فلا يمنع منه، وما قاله من الصيانة يحصل الاستبراء للمشتري. (الشلبى)

(٢) قوله: "ومن" أى وإذا حدث ملك أمة ولو بكرراً أو صغيرة أو مشتتة ممن لا يطاق، بأن اشتراها من محرّمها، أو من مال صبي حرم وطئها ودواعيه من اللبس وغيره حتى تستبرئ بحبضة بعد القبض فيمن تحبض، وبشهر في ذات شهر لايس أو صغيرة بوضع الحمل في الحامل، لما أخرجه أبو داود والحاكم، وقال صحيح على شرط مسلم عن أبي سعيد الخدري أن النبي ﷺ قال في سبايا أوطاس: «لا توطأ حامل حتى تضع ولا غير ذات حمل حتى تحيض».

وحرم دواعى الوطء فى الظاهر؛ لأنها قد تفضى إليه، وما تفضى إلى الحرام حرام بحديث الراعى حول الحمى، وإنما حل الدواعى فى الحيض والصوم؛ لأن الوطء حرم فى الحيض لمعنى الأذى، وذلك لا يوجد فيه، ولأن الصوم قد يمتد إلى شهر، فيؤدى إلى الحرج، كذا قالوه، والأولى أن يقال: أنه يستفيد من الأحاديث الواردة فيها. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "له" فى شرح النقاية: "ومن فعل بشهوة إحدى دواعى الوطء، وهى القبلة واللمس والنظر إلى الفرج بأمتيه حال كونهما لا يجتمعان نكاحاً حرم عليه وطئها بدواعيه حتى يحرم أحدهما بتمليك كلها أو بعضها؛ لأن الجمع بين الأختين المملوكتين لا يجوز وطئهما لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأَخْتَيْنِ﴾ لأن المراد به الجمع بينهما وطء وعقد؛ لأنه معطوف على المحرمات وطءاً وعقداً، ولا يعارض بها قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ لأن الترجيح للمحرم؛ ولأنه استثناء من المحصنات من النساء، والمراد المسبيات.

وكذا لا يجوز الجمع بينهما فى الدواعى؛ لأن النص مطلق، فيتناولهما، أو لأن الدواعى إلى الوطء بمنزلة فى التحريم. . . اهـ.

قال فى العناية: وهذه على ثلاثة أوجه: إما أن يقبلهما، أو لا يقبلهما، أو يقبل أحدهما، فإن لم يقبلهما أصلاً، فإن له أن يقبل أو يطاق أيهما شاء، سواء اشتريهما معاً أو متعاقباً، وإن قيل: أحدهما كان له أن يقبل المقبلة وأن يطاق دون الأخرى، وإن قبلهما بشهوة فهى مسألة المتن. (التكملة)

وإذا لم يكن شهوة لا تكون معتبرة لا على التعمين وهي القبلة أو اللمس و
حرم وطء واحدة منهما، ودواعيه حتى يحرم فرج
 بأن يملك رقبتها من إنسان
الأخرى بملك، أو نكاح^(١)، أو عتق، وكره^(٢) تقبيل^(٣) الرجل

(٤) المراد أنهما لا يجتمعان نكاحاً كانتا أختين أم لا .

(١) صحيح حتى لو زوج إحداها نكاحاً فاسداً لا يباح وطء الأخرى إلا أن يدخل الزوج .

(٢) قوله: "وكره" أى وكره للرجل تقبيل الرجل فى فمه أو شئ منه، وعناقه فى إزار واحد، ولو بلا شهوة عند أبى حنيفة ومحمد، وعند أبى يوسف لا بأس بذلك عند عدم الشهوة؛ لما أخرجه الحاكم فى "المستدرک" وقال: إسناده صحيح لا غبار عليه، من حديث ابن عمر قال: وجّه رسول الله ﷺ جعفر بن أبى طالب إلى بلاد الحبشة، فلما قدم منها أعتقه النبى ﷺ وقبل بين عينيه، فصار كالمصافحة .

وتقبيل يد العالم العامل والسلطان للتبرک، أما المصافحة فلقلوله عليه السلام: «إن المؤمن إذا لقي المؤمن فسلم عليه وأخذ بيده تناثرت خطاياهما كما تناثر ورق الشجر»، رواه الطبرانى فى "معجمه الأوسط" .

وأما التقبيل فلقول ابن عمر: "كنّا فى السرية من سرايا رسول الله ﷺ، فدنونا من النبى ﷺ فقبلنا يده"، رواه أبو داود والترمذى .

وأما ما قيل: إن حديث جعفر محمول على ما قبل التحريم فغير ظاهر، بل ينبغى أن يخص جواز المعانقة بالقادم من السفر، ثم لا بأس بتقبيل يد العالم والسلطان العادل على سبيل التبرک، وكذا تقبيل يد الأبوين والشيخ والرجل الصالح، وما يفعله الجهال من تقبيل يد نفسه إذا لقي غيره فمكروه، وما يفعلون من تقبيل الأرض بين يدي السلطان والمشايخ فحرام، والفاعل والراضى به أثم؛ لأنه يشبه عبادة الأوثان، وذكر الصدر الشهيد أنه لا يكفر بهذا السجود؛ لأنه يريد به التحية، ففهم منه لأنه لو سجد لتعظيم كفر، كما صرح به السرخسى .

ولهما ما روى ابن أبى شيبه وعبد الرزاق فى "مصنفيهما" من حديث عامر الحجري قال: سمعت أبا ركانة، وفى نسخة صحيحة أبا ريحانة صاحب النبى ﷺ، واسمه سمعون بالمهملة أو المعجمة، قال: «كان رسول الله ﷺ ينهى عن مكامعة أو مكامعة المرأة المرأة ليس بينهما شئ» وعن مكامعة أو مكامعة الرجل الرجل ليس بينهما شئ»، قال أبو عبيد القاسم بن سلام: والمكامعة أن يلثم الرجل فاه صاحب، والمكامعة أن يضاجع الرجل صاحبه فى ثوب واحد .

وفى سنن الترمذى عن أنس قال رجل: يا رسول الله! الرجل منا يلقي أخاه أو صديقه أينحنى له، قال: لا، قال: أيلتزمه ويقبله، قال: لا، قال: فيأخذه بيده ويصافحه، قال: نعم، ويمكن الجمع بأن نهى التقبيل محمول على تقبيل الفم، ونهى العناق على غير القادم، أو على ما كان بإزار واحد .

وأما الانحناء للسلطان أو غيره فمكروه، ويحرم تقبيل الأرض بين يدي العالم والشيخ أو السلطان للتحية، وأما السجود فحرام، واختلف فى كونه كفراً . (شرح النقاية بحذف)

ومعانفته في إزار واحدٍ وإن كان عليه قميصٌ ^{أو جبة} جاز
كالمصافحة^(١).

فصل^(٢) في البيع والاحتكار والإجارة وغيرها
كره^(٣) بيع^(٤) العذرة لا السرقين^(٥)، له^(٦) شراء أمة زيد قال
بكر وكلني زيدٌ يبيعها، وكره^(٧) لرب الدين أخذ ثمن خمرٍ

(٣) هذا لو عن شهوة، أما على الوجه البر فجائز عند الكل .

(١) أي كما تحوز المصافحة لا لما سنة قديمة متوالية في البيعة وغير ذلك .

(٢) قوله : "فصل" آخر فصل البيع عن فصل الأكل والشرب واللمس والوطء ؛ لأن أثر تلك الأفعال متصل بيد الإنسان ، وما كان أكثر اتصالاً كان أحق بالتقديم . (التكملة)

(٣) قوله : "كره" أي وكره بيع العذرة خالصة ، وصح بيعها مخلوطة بمنزلة زيت خالطه نجاسة ، وجاز الانتفاع بهذه ، أي بهذه المخلوطة ؛ لأن العادة لم تجر بالانتفاع خالص العذرة ، وجرت بالمخلوطة . وفي "شرح الكنز" : والصحيح عن أبي حنيفة أن الانتفاع بالعذرة الخالصة جائز ، وصح بيع السرقين ؛ لأنه ينتفع به ، ويدخر لوقت الحاجة ، فإنه يلقي في الأرض لاستكثار الزرع . (شرح النقاية)

(٤) وكذا بيع ما انفصل من آدمي كالشعر والظفر ولذا وجب دفنه .

(٥) بفتح السين وكسرهما وبالجيم والقاف الشرحين كلمة أعجمية وأصلها سرقين .

(٦) قوله : "له" معناه أن جارية لإنسان فرأى آخر يبيعها ، فقال البائع وكلني مولاها ، حل له أن يشتريها ويطأها ؛ لأنه أخبر بخبر صحيح لا منازع فيه ، وقول الواحد في المعاملات مقبول بشرط أن يكون مميزاً على ما بينا من قبل ، وكذا إذا قال : اشتريتها منه أو وهبني إياها ، أو تصدق بها علي ما ذكرنا ، ولا فرق بين ما إذا كان يعلم أنها لاله ، أو لم يعلم ؛ لأن خبره هو المعتمد عليه ؛ لأن الخبر دليل شرعي ، ألا ترى أنه يقبل فيما هو أعظم ، وهو الفروج ، بأن زفت إليه امرأة ، وقال النساء هي امرأتك ، حل له وطأها . (الزيلعي)

(٧) قوله : "كره" معناه : إذا كان لشخص مسلم دين على مسلم ، فباع الذي عليه الدين خمرًا ، وأخذ ثمنها ، وقضى به الدين ، لا يحل للدائن أن يأخذ ثمن الخمر بدينه ، وإن كان البائع كافرًا جاز له أخذه ، والفرق أن البيع في الوجه الأول باطل ؛ لأن الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم ، فيبقى الثمن على ملك المشتري ، فلا يحل له أخذه من البائع ، وفي الوجه الثاني صح البيع ؛ لأنه مال متقوم في حق الكافر ، وملكه البائع ، فيحل الأخذ منه ، بخلاف المسلم لما ذكرنا . (الزيلعي)

إذا علم ^{كَبِّنَ وَعَبَّ وَلَوْزَ} ^{كَبِّنَ وَقَتَ} باعها مسلم لا ^(١) كافر، واحتكار ^(٢) قوت الأدمى والبهيمة في ^{أى لا يكره احتكار غلة} ^{أى الذى} بلد يضر بأهله لا ^(٣) غلة ضيعته، وما جلبه من بلد آخر، ولا ^(٤) ^{لا فى الغلاء، ولا فى الرخص}

(١) أى لا يكره للمسلم أخذ دينه فمن ثمن خمر باعها ثمن كافر.

(٢) قوله: "واحتكار [وحبس الطعام للغلاء افتعال من حكمه إذا ظلم ونقص] أى وكره كراهة تحريم احتكار قوت البشر والبهائم، كالحنطة والشعير والتبن فى بلد يضر أهله؛ لما أخرجه مسلم عن معمر بن عبد الله العدوى أن النبى ﷺ قال: «لا يحتكر إلا خاطئ» - أى مذنب -، وأخرج ابن ماجه فى "سننه"، وأبو يعلى الموصلى فى "مسنده": عن عمر بن الخطاب قال: قال رسول الله ﷺ: «الجالب مرزوق والمحتر ملعون».

أما لو لم يضر بهم، بأن كان المصر كبيراً، لا يكره؛ لأنه حابس للملكه من غير إضرار غيره، وقال أبو يوسف: كل ما أضر بالعامه فهو احتكار، ولو كان ثياباً أو دراهم، ثم إذا قصر المدة لا يكون حبس الفوت احتكاراً لعدم الضرر، بخلاف ما إذا طالت لتحقيقه.

وحد المدة الطويلة أربعون يوماً؛ لما أخرجه أحمد وابن أبى شيبه البرار، والحاكم فى "المستدرک": عن ابن عمر عن النبى ﷺ أنه قال: من احتكر طعاماً أربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه، وأما أهل عرصه بات فيهم امرؤ جائع، فقد برئت منهم ذمة اليد، وقيل: المدة للمعابه المضروبه فى الدنيا، بأن أمره القاضى ببيعه عنهم، هو الصحيح، وأما الاثم فيحصل وإن قصرت. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "لا" أى لا يكره احتكار غلة أرضه، أو احتكار ما جلبه من بلد آخر؛ لأنه خالص حقه، فلم يتعلق به حق العامة، فلا يكون احتكاراً، ألا ترى أنه لو يزرع ولا يجلب، فكذلك له أن لا يبيع، وهذا فى المجلوب قول أبى حنيفة خاصة؛ لأن حق العامة يتعلق بما جلب، وجمع فى المصر أو فى فناءه لم يتعلق حقهم بما فى بلد آخر، فإذا نقله من بلد آخر كان له حبسه لعدم تعلق حقهم به، فصار كغلة ضيعة، والجامع عدم تعلق حقهم به ما إذا كان له أن لا ينقل كما كان له أن لا يزرع، فكذلك له أن لا يبيع ذلك.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يكره له حبس ما جلبه من بلد آخر لإطلاق ما رويناه، وقال محمد رحمه الله: إن نقله من موضع يجلب منه إلى المصر فى الغالب يكره حبسه؛ لأن حق العامة تعلق به؛ لأنه بمنزلة فناء المصر، ألا ترى أنه كان ينقل لو لم يأخذه هو، بخلاف ما إذا نقل من بلد بعيد لم تجر العادة باحتمل منه إلى المصر؛ لأنه لم يتعلق به حقهم، ألا ترى أنه لو لم يأخذه لم ينتقل إليهم، فصار كغلة ضيعته. (الزيعلى)

(٤) قوله: "ولا" أى وكره تسعير الحاكم لما أخرجه أبو داود وابن ماجه والترمذى، وقال: حديث حسن صحيح من حديث أنس رضى الله عنه قال: قال الناس: يا رسول الله! غلا السعر فسعّر لنا، فقال رسول الله ﷺ: «إن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق وإنى لأرجو أن ألقى الله وليس أحد منكم يطالبنى بمظلمة من دم ولا مال».

يُسْعَرُ السُّلْطَانُ إِلَّا أَنْ يَتَعَدَّى أَرْبَابَ الطَّعَامِ عَنْ الْقِيَمَةِ تَعْدِيًّا
أي جاز بيع عصر العنب من الذي يعمل الخمر وَجَازَ أَيْضًا المستأجر
 فَاحْشًا، وَجَازَ^(١) بَيْعَ الْعَصِيرِ مِنْ خَمَارٍ وَإِجَارَةَ^(٢) بَيْتٍ لِيَتَّخِذَ
مَعْبِدَ الْخَمْرِ لِلْيَهُودِ لِلنَّصَارَى أَيُّ الْفَرَى دُونَ الْأَمْصَارِ
 فِيهِ بَيْتَ نَارٍ، أَوْ بَيْعَةَ، أَوْ كَنِيسَةً، أَوْ يَبَاعَ فِيهِ خَمْرٌ بِالسَّوَادِ،
 وَحَمْلُ^(٣) الْخَمْرِ لَذَمٍّ بِأَجْرٍ وَبَيْعُ^(٤) بِنَاءِ بُيُوتِ مَكَّةَ وَأَرْضِهَا^(٥)،

ولأن الثمن حق الملاك، فلا ينبغي للإمام أن يتعرض حقهم إلا إذا تعدى أرباب السلع عن القيمة تعدياً فاحشاً، بأن باعوا بضعف القيمة، وعجز السلطان عن صيانة حقوق المسمين إلا بالتسعير، فإنه يسعر لما فيه من رفع الضرر العام، ولكن بمشورة أهل الرأي. (شرح النقاية بحذف)

(١) قوله: "وَجَازَ" لأن المعصية لا تقوم بعينه، بل عد تسعيره، بخلاف السلاح من أهل الفتنة؛ لأن المعصية تقوم بعينه، فيكون إعانة لهم، وسبباً، وقد نهينا عن التعاون على العدوان والمعصية. (الزيلعي)

(٢) قوله: "وَإِجَارَةَ" أي إجارة البيت ليتخذ معبداً للكفار، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وما لا لا ينبغي أن يكره لشيء من ذلك؛ لأنها إعانة على المعصية، وقد قال الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾.

له أن الإجارة على منفعة البيت، ولهذا يجب الأجر بمجرد التسليم، ولا معصية فيه، وإنما المعصية بفعل المستأجر، وهو مختار فيه لقطع نسبته عنه، فصار كبيع الجارية لمن لا يستبرئها، أو يأتيها من دبرها، أو بيع الغلام من لوطي.

والدليل أنه لو أجره للسكنى جاز، وهو بدله فيه من عبادته، وإنما قيده بالسواد؛ لأنهم لا يمكنون من إحداث المعبد وإظهار بيع الخمر والخنازير في الأمصار؛ لظهور شعائر الإسلام فيها، فلا يعارض بإظهار شعائر الكفر، بخلاف السواد. (الزيلعي بحذف)

(٣) قوله: "وَحَمْلُ" أي جاز ذلك أيضاً، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالوا: هو مكروه؛ لأنه عليه الصلاة والسلام لعن في الخمر عشرة، وعدّ منها حاملها.

وله: أن الإجارة على الحمل، وهو ليس بمعصية، ولا تسبب لها، وإنما تحصل المعصية بفعل فاعل مختار، وليس الشرب من ضرورات الحمل؛ لأن حملها قد يكون للإراقة أو التخليص، فصار كما لو استأجره لعصير العنب أو قطفه، والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية. وعلى هذا الخلاف إذا أجره دابة لينقل عليها الخمر، أو أجره نفسه له يرعى له الخنازير، فإنه يطيب له الأجر عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يكره. (الزيلعي)

(٤) أي وجاز بيع... إلخ بالإجماع؛ لأنه ملك لمن بناه كمن بنى في أرض وقف.

(٥) قوله: "وَأَرْضِهَا" أي جاز بيع أراضي بيوت مكة، وهو قولهما وإحدى روايتي الإمام؛

بفتح النون أى نقطة المصحف، وهو إظهار إعرابه

وتعشير^(١) المصحف ونقطه وتحليته^(٢) ودخول^(٣) ذمى فى

مسجد وعبادته^(٤)، وإخصاء^(٥) البهائم، وإنزاء^(٦) الحمر على

لأن أرضها مملوكة لأهلها لظهور آثار الملك، وهو الاختصاص بها شرعاً، وقوله ﷺ: «وهل ترك لنا عقيل من ربع دليل على أن أراضيها تملك وتقبل الانتقال من ملك إلى ملك»، وقد تعارف الناس بيع أراضيها والدور التى فيها من غير نكير، وهو من أقوى الحجج.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز بيع أراضيها؛ لما روى أنه ﷺ قال: من أكل أجر أرض مكة فإمّا أكل الربا، ويقولهما يفتى، وجزم فى "البرازية": يقول الإمام: وهو الكراهة، وآخر دليله فى الهداية، فدل على اختياره، وأما إيجارها فتركه كما فى "التبيين" و"الهداية"، وقال فى مختارات النوازل لصاحب "الهداية": لا بأس بإيجارها. (الطحطاوى)

(١) قوله: "وتعشير [وهو أن يجعل على كل عشر آيات من القرآن الكريم علامة]" لأن القراءة والآى توقفية ليس للرأى فيها مدخل، فبالتعشير حفظ الآى، وباللفظ حفظ الأعراب، فكانا حسنين؛ ولأن العجمى الذى لا يحفظ القرآن لا يقدر على القراءة، أو بالنقط مكاناً حسناً، وما روى عن ابن مسعود أنه قال: جردوا القرآن، فذاك فى زمنهم؛ لأنهم كانوا ينقلونه عن النبى ﷺ كما أنزل، فكانت القراءة سهلة عليهم، وكانوا يرون النقط مخلاً يحفظ الأعراب والتعشير بحفظ الآى، ولا كذلك العجم فى زماننا، فيستحسن لعجز العجمى عن التعلم إلا به، وعلى هذا لا بأس بكتابة أسامى السور وعدّ الآى، فهو وإن كان محدثاً فمستحسن، وكم من شىء فيختلف باختلاف الزمان وامكان. (الزليلى)

(٢) أى وجاز أيضاً تحلية المصحف بماء الذهب والفضة واللازورد ونحوها لما فيه من تعظيمه.

(٣) قوله: "ودخول" يعنى جاز دخول الذمى جميع المساجد عندنا، وقال مالك: يكره فى كل المساجد، وقال الشافعى: يكره فى مسجد الحرام لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ﴾، ولأن الكافر لا يخلو عن النجاسة والجنابة، فوجب تنزيه المسجد عنه.

ولنا أنه عليه الصلاة والسلام أنزل وفد ثقيف فى المسجد، وضرب لهم خيمة فى المسجد، فقال الصحابة: المشركون نجس، فقال عليه الصلاة والسلام: ليس على الأرض من نجاستهم شىء، وإمّا نجاستهم على أنفسهم، والنجاسة المذكورة فى الآية للخبث فى اعتقادهم؛ لأن كل خبث رجس وهو النجس، والمراد بالمتع منعهم عن الطواف، ولما أعلّى الله كلمة الإسلام منعهم ﷺ من الدخول، فالطواف والتعميم المذكور ههنا المذكور فى "الجامع الصغير". (التكملة)

(٤) قوله: "وعبادته" أى وجاز أيضاً عبادة الذى هو إذا مرض بالإجماع؛ لأنه نوع بر فى حقهم، وما نهينا عنه، وصح أنه عليه الصلاة والسلام عاد يهودياً مرض بجواره، رواه البخارى فى الجنائز، وفى الطب. (الكشف وحاشيته)

(٥) قوله: "وخصاء [من خصيت الفرس خصاء وإخصاء إذا انزعت بيضه]" لأن فيه منفعة البهيمة والناس، فإن فيه سمنها وطيب لحمها، وقد ضحى عليه السلام بكبشين أملحين موقوئين.

وجاز أيضاً
 الخيل، وقبول^(١) هدية العبد التاجر، وإجابة دعوته، واستعارة
 أراد قبول هدية إذا كانت ثوباً
 دابته، وكره كسوته الثوب وهدية^(٢) النقدين واستخدام^(٣)
 أي وكره أيضاً
 الخصى، والدعاء^(٤) بمعقد العز من عرشك، وبحق^(٥) فلان،

(الكشف)

(٦) قوله: " وإنزاء [من النزو وهو يوثب وهو كناية عن السفاء وهو الجماع] " وقد صح أنه عليه الصلاة والسلام ركب البغلة، رواه البخارى ومسلم، فلو كان هذا الفعل حراماً لما فيها من فتح بابه، وما ورد فيه من النهي كان لأجل تكثير الخيل. (الكشف وحاشيته والزيلعى)

(١) قوله: " وقبول " إلى النقدين، والقياس أن لا يجوز الكل؛ لأنه تبرع، والعبد ليس من أهله، لكن جواز في الشيء اليسير للضرورة استحساناً؛ لأنه لا يجد بدا منه، كالضيافة ليجتمع المجاهزون، ويجلب قلوب المعالمين، فكان من ضرورات التجارة؛ لأن من فتح الدكان، وطلب منه شربة ماء، ومنعه ينسب إلى البخل، فلا يجتمعون إليه، وينسد باب عليه باب التجار. (حاشية الكشف)
 وقد صح أن سلمان الفارسي أهدى إلى النبي ﷺ خطابة قبل أن يعتق، فقبلها النبي ﷺ، أخرجه ابن حبان في " صحيحه "، وأبو نعيم في " دلائل النبوة "، وقبل هدية بريرة، فقال: لها صدقة ولنا هدية. ولقائل أن يقول: هديتها كانت بعد الكتابة فتأمل [عز]، وكان عليه الصلاة والسلام يجب دعوة المملوك، وعلى هذا كانت الصحابة رضى الله عنهم حتى روى عن أبي سعيد مولى أبي أسيد أنه قال: دعوت رهطاً من أصحاب رسول الله فيهم أبو ذر رضى الله عنهم، فحضرت الصلاة فقدموني وأنا يومئذ عبد، ولا ضرورة في الشيء الكثير كالدرهم والثياب، فبقى الأصل. (الزيلعى)

(٢) أى وكذلك كره هدية النقدين أى الدراهم والدنانير.

(٣) لأن الرغبة في استخدامه حث الناس على هذا الصنيع.

(٤) قوله: " والدعاء " أى يكره أن يقول في دعاءه: اللهم إني أسألك بمعقد العز من عرشك، وللمسألة عبارتان بمعقد وبمعقد، فالأولى من القعود، والثانية من العقود تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً، ولا شك في كراهة الثانية لاستحالة معناها على الله تعالى، وكذا الأولى؛ لأنه يوهم أن عزه متعلق بالعرش، ولعرش حادث، وما يتعلق به يكون حادثاً ضرورة، والله متعالٍ عن تعلق عزه بالحادث، بل عزه قديم؛ لأنه صفته، وجميع صفاته قديمة قائمة بذاته لم يزل موصوفاً بها، لم يزل ولن يزال فى الأبد، ولم يزد شيئاً من الكمال لم يكن فى الأزل بحدوث العرش وغيره.

وعن أبى يوسف رحمه الله أنه لا بأس به، وبه أخذ الفقيه أبو الليث؛ لما روى أنه عليه الصلاة والسلام كان من دعاءه: « اللهم إني أسألك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الأعظم وجدك الأعلى وكلماتك العامة ».

والأحوط فى الامتناع لكونه خبر واحد فيما يخالف القطعى، إذ التشابه يثبت بالقطعى، ولو جعل

أى وكره اللعب بالنرد إجماعاً

واللعب بالشطرنج^(١) والنرد وكل^(٢) لهو، وجعل^(٣) الراية

العز صفة للعرش كان جائزاً؛ لأن العرش موصوف في القرآن بالجد والكرم، فكذا بالعز، ولا يشك أحد أنه موضع الهيبة، وإظهار كمال القدرة، وإن كان الله مستغنياً عنه. (الزيلعي)
وهنا بحث شريف مذكور في الطحطاوى، فإن شئت زيادة التحقيق فطالع (عز)

(٥) قوله: "بحق" أى يكره أن يقول فى دعاءه بحق فلان، وكذا بحق أنبياءك وأوليائك، وبحق رسلك، وبحق البيت أو المشعر الحرام؛ لأنه لا حق للخلق على الله تعالى، وإنما يخص برحمته من يشاء من غير وجوب عليه، ولو قال رجل لغيره: بحق الله، أو بالله أن تفعل كذا، لا يجب عليه أن يأتى بذلك شرعاً، وإن كان الأولى أن يأتى به. (الزيلعي)

(١) قوله: "بالشطرنج" قد أكثر سفهاء زماننا فيه حتى إن بعض الجهال صنف رسالة شنع فيها على كل من منعه قابله الله وكفاه عن المسلمين.

اعلم أن المسألة مختلفة بين الشوافع والأحناف، فقالت الشافعية: إنه مباح إذا لم يكن قماراً، ولا خلال بشىء من الواجبات، أو فيه تشجيع الخواطر، وتركية الأفهام، قال سهل بن محمد الصعلوكى رئيس أصحاب الشافعى: إذا سلمت اليد من الخسران، والصلاة من النسيان واللسان من الهذيان، فهو أدب بين الخلال، ولو أكثر منه ردت شهادته، وفى المجتبى قول الشافعى رواية عن أبى يوسف.

ولنا ما أخرجه العقيلي فى ضعفائه عن أبى هريرة قال: مرّ رسول الله ﷺ يقوم يلعبون بالشطرنج فقال: ما هذه الكوبة ها عنها لعن الله من يلعب بها الكوبة النرد، وما رواه ابن حبان فى "ضعفاء": عن واثلة ابن الأسقع عن النبى ﷺ قال: «إن لله عز وجل فى كل يوم ثلاثة مائة وستين نظرة لا ينظر فيها إلى صاحب الشاة -يعنى الشطرنج-»، وأيضاً وهو لهو يصد صاحبه عن ذكر الله، وعن الصلاة غالباً، فيكون حراماً، كالخمر والميسر.

وروى أن علياً رضى الله عنه مرّ يقوم يلعبون بالشطرنج فلم يسلم عليهم، فقيل له: ذلك، قال: كيف أسلم على قوم يعكفون على أصنام لهم، فبعد هذه الدلائل أهل يسوع لسفيه أن يقول: هو مباح عند الشوافع مطلقاً. (عز)

(٢) قوله: "وكل" أى وكذا يكره كراهة تحريم كل لهو لما أخرجه الحاكم فى "المستدرک"، وقال: حديث صحيح على شرط مسلم، عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «كل شىء من لهو الدنيا باطل إلا ثلاثة انتصالك بقوسك وتأديبك فرسك وملاعبتك أهلك فإنهن من الحق»، وفيه دلالة على أن الشطرنج لعب باطل، كما يدل عليه صيغة الحصر فى لهو الحق. (شرح النقاية بزيادة)

(٣) قوله: "وجعل [أى لا يجوز وهو معطوف على اللهو]" صورته أن يجعل فى عنقه طوق مسممر بمسمار عظيم يمنع من تحريك رأسه، وهو معتاد بين الظلمة، وإنه حرام؛ لأنه عقوبة الكفار، فيحرم كالإحراق بالغار، وقال عليه الصلاة والسلام: «لا تعذبوا بعذاب الله»، وفى "النهاية": أنه علامة بأنه أبى، وقال: لا بأس به زماننا لغلبة الإباق. (الزيلعي)

لأنه سنة المسلمين في الفساد
 أى وحل أيضاً من بيت المال
 فى عنق العبد، وحل قيده، والحقنة^(١) ورزق^(٢) القاضى،
 وحل أيضاً والمكاتبة وحل أيضاً لاستغناءه كاستجار الظفر
 وسفر^(٣) الأمة وأم الولد بلا محرم، وشراء^(٤) ما لا بد للصغير

(١) قوله: "والحقنة" أى دخلت الحقنة للتداوى إذا خرج أصحاب السنن الأربعة عن أسامة رضى الله عنه قالوا: يا رسول الله أنتداوى؟ فقال عليه السلام: «تداؤوا فإن الله عز وجل لم يضع داء إلا وضع له الدواء إلا المسام والهزم».

ولا يجوز استعمال المحرم فى الحقنة وغيرها كالخمر ونحوها؛ لأن التداوى بالمحرم حرام، ثم التداوى بالحلال جائز، لا واجب، فمن ترك المعالجة فمات لم يمت عاصياً؛ لأنه ليس فى ترك المعالجة إهلاك النفس إذ ربما لا ينفعه المعالجة. (شرح النقاية وحاشية الكشف)

(٢) قوله: "رزق" أى وجاز رزق القاضى من بيت المال لو بيت المال حلالاً جمع بحق (لأنه حبس نفسه لمصلحة المسلمين المحبس من أسباب النفقة، وعلى هذا كانت الصحابة والتابعون، وقد فرض رسول الله ﷺ لبعض عماله) وإلا لم يحل، وعبر بالرزق ليفيد تقديره بقدر ما يكفيه وأهله فى كل زمان ولو غنياً فى الأصح، وهذا لو بلا شرط، ولو به كالأجرة فحرام؛ لأن القضاء طاعة، فلم تجز كسائر الطاعات، وعليه الفتوى.

ولو أخذ الرزق فى أول السنة ثم عزل قبل مضي السنة، قيل: يجب عليه رخصة ما بقى من السنة، وقيل: هو على الاختلاف فى الزوجية على ما بيناه. (الدرر والطحطاوى والزيلعى)

(٣) قوله: "وسفر" أى يجوز لهما السفر بغير محرم؛ لأن الأمة بمنزلة المحرم لعامة الرجال فيما يرجع إلى النظر والمس على ما بينا من قبل، فكلما يجوز للحر أن تسافر بيع المحرم، فكذا هى مع الأجنبى وأم الولد أمته لقيام الرق فيها، وكذا المكاتب؛ لأنها مملوكة رقية، وكذا معتقة البعض عند أبى حنيفة رحمه الله لأنها كالمكاتبة عنده فى الكافى، قالوا: هذا فى زمانهم لغلبة أهل الصلاح فيه، وأما فى زماننا فلا لغلبة أهل الفساد فيه. (الزيلعى)

(٤) قوله: "وشراء" أى يجوز لهؤلاء الثلاثة أن يشتروا للصغير ويبيعوا ما لا بد له منه إذا كان الصغير فى حجرهم، وذلك مثل النفقة والكسرة؛ لأنهم لو لم يكن لهم ذلك لتضرر الصغير، وهو مرفوع، وأصله أن التصرف على الصغير على ثلاثة أنواع نوع هو نفع محض، فيملكه كل من هو فى يده ولياً كان أو لم يكن ولياً لقبول الهبة والصدقة، ويملكه الصبى بنفسه إذا كان مميزاً أو نوع هو ضرر محض، كالعناق والطلاق، فلا يملكه عليه أحد.

ونوع هو متردد يحتمل أن يكون نفعاً، ويحتمل أن يكون ضرراً، وذلك مثل البيع، وللإجارة للاسترباح، فلا يملكه إلا الأب والجد، ووصيهما، ويملكونه سواء كان الصغير فى أيديهم أو لم يكن؛ لأنهم يتصرفون عليه بحكم الولاية، فلا يشترط أن يكون فى أيديهم، وفيه نوع رابع، وهو الإنكاح، فيجوز من كل عصبه، ومن ذوى الأرحام عند عدمهم عند أبى حنيفة، ولا يجوز من غيرهم. (الزيلعى بحذف)

أى لو كان الصغير فى... إلخ أى الصغير
 منه، وبيعه للعمّ والأمّ والملتقط لو فى حجرهم وتؤجره^(١) أمّه
 أى دون العمّ، والملتقط سواء كان فى حجرها أولا
 فقط.

(١) قوله: "وتؤجر" معناه أن الصغير لا يؤجر واحد من هؤلاء الثلاثة إلا الأمّ، فإنها تؤجره إذا كان فى حجرها، ولا يؤجرها الأخ ولا العمّ، ولا الملتقط، والفرق أن الأم تملك الكلال منافقه بغير عوض بأن تستخدمه، ولا يملكه هؤلاء، وهذه رواية "الجامع الصغير"، وفى رواية القدورى: يجوز أن يؤجره الملتقط ويسلمه فى صناعة، فجعله من النوع الأول، وهذا أقرب؛ لأن فيه ضرورة ونفعاً محضاً للصغير. (ز)

لعل مناسسته أن ما فى ما يكره وما لا يكره

كتاب إحياء^(١) الموات^(٢)

أى ثم ذهب الماء عنه وإلا فكيف يعمر.

هى أرض تعذر^(٣) زرعها لانقطاع^(٤) الماء عنه، أو لغلبته

أحد وسيأتى الخلاف فيه أى الموت عليه غير^(٥) مملوكة بعيدة^(٦) من العامر^(٧)، ومن أحياء بإذن^(٨)

(١) قوله: "إحياء" المراد بالإحياء جعل الأرض صالحة لإثماء الزرع بعد أن لم تكن كذلك؛ لأن إحياء كل شىء بما يليق به. (الطحطاوى)

(٢) قوله: "الموات" هو بفتح الميم وضمها لغة: أرض لا مالك لها، وفى الحموى عن القاموس: الموات كسحاب وغراب ما لا روح فيه، أو أرض لا مالك لها، أه، فقول "الدر": الموات لغة: حيوان مات ذهناً مستعار ومستعار... أه، قوله: لأهل اللغة. (ط)

(٣) قوله: "تعذر" كأنه أراد بتعذر زرعهما عدم الانتفاع بها لا ما فى "الهداية": الموات ما لا يتنفع بها من الأراضى... أه، فدخل فى الموات ما إذا كانت فى جنب الفرات يمكن وصول الماء إليها، لكنها لم يعمرها أحد. (الكشف)

(٤) أى لفقده الماء، سواء كان له، ثم انقطع أو لم يكن أصلاً.

(٥) قوله: "غير" أما ما كان مملوكاً فى الإسلام لكن لا يعرف له مالك معين، فهو موات عند بعض المشايخ، وكاللفظة عند آخرين. (الكشف)

(٦) قوله: بعيدة فقوله: هى أرض بمنزلة الجنس يشمل ما تعذر وغيره، وقوله: تعذر، أخرج غيره، فلا يكون مواتاً، وقوله: لانقطاع الماء عنها، أو لغلبته عليها بيان سبب التعذر، وقوله: غير مملوكة أخرج ما كان كذلك، وهو مملوك، فلا يكون مواتاً، وقوله: بعيدة عن العامر أخرج القرية، فلا تكون مواتاً. (التكملة)

(٧) قوله: العامر [مسلمًا كان أو ذميًا؛ لأنهما لا يختلفان فى سبب الملك] أما حدّ بعدها فاختلفوا فى بيانه على أقوال، وقال القاضى فخر الدين: أصبح ما فيه أن يقوم الرجل على طرف عمران القرية، فينادى بأعلى صوته، قال: أعز موضع ينتهى إليه صوته يكون من فناء العمران؛ لأن أهل القرية يحتاجون إلى ذلك الموضع لرعى المواشى وغيره، وما وراء ذلك يكون من الموات إذا لم يعرف لها مالك... أه، ويعتبر الموات من طرف الدور لا الأراضى العامرة. (ط بزيادة)

(٨) قوله: "بإذن" حتى لو أحياء بغير إذن الإمام لا يملكه، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله، وقالوا: يملكه من أحياء بغير إذن له الإمام أو لم يأذن، وبه قال مالك والشافعى رحمه الله؛ لما أخرجه الترمذى، وقال: حديث حسن صحيح عن جابر عبد الله أن النبى ﷺ قال: «من أحيأ أرضاً ميتة فهى له». ولأنه مال مباح سبقت يده إليه، فيملكه كما فى الخطب والصيد.

الإمام ملكه^(١)، وإن حجر^(٢) لا، ولا يجوز^(٣) إحياء ما قرب من الأرض^{أى لا يملكها} والذراع ست قبضات^{والذراع ست قبضات} العامر، ومن حفر بئراً فى موات، فله^(٤) حريمها أربعون ذراعاً

ولأبى حنيفة ما روى الطبرانى من حديث معاذ أن النبى ﷺ قال: «ليس للمرء إلا ما طابت نفس إمامه به»، ولأن مما يتعلق به حق جماعة المسلمين لا يختص به واحد دون واحد إلا بإذن الإمام أصله الرزق من بيت المال، والقياس على الحطب والصيد ليس بتمام؛ لأن الإمام لا يملك أن يأمر واحداً دون واحد بالحطب والصيد، لكن الحديث ضعيف، وعلى تقدير صحته، فمرويهما كان إذناً منه عليه الصلاة والسلام، لا نصب شرع كقوله عليه الصلاة والسلام: «من قتل قتيلاً فله سلبه»، فإنه تحريض منه بالسلب لا نصب شرع. (شرح النقاية بحذف والزيلعى)

(١) قوله: "ملكه" ولو تركها بعد الإحياء وزرعها غيره قيل: الثانى أحق بها؛ لأن الأول ملك استقلالها دون زيتها والأصح أن الأول أحق بها؛ لأنه ملك رقبته بالإحياء، فلا يخرج عن ملكه بتركها. (شرح النقاية)

(٢) قوله: "حجر" أى بأن وضع حجراً أو شيئاً للإعلام، بأنه قصد إحياءها مأخوذ من أجره - بفتح الجيم -؛ لأن الغالب أن يكون بالأحجار، أو بسكون الجيم بمعنى المنع لا يمكنه لا دفعها الإمام إلى غيره؛ لأن الدفع الأول إنما كان ليعمرها، فيحصل المنفعة للمسلمين من العشر والخراج، فإذا لم يعمرها يدفعها الإمام إلى غيره لتحصل، وقد عدم تعميره بثلاث حجج؛ لما روى مسلم فى كتاب الخراج عن الحسن بن عمار عن الزهرى عن سعيد بن المسيب، قال: قال عمر رضى الله عنه: من أحيى أرضاً ميتة فهى له ليس للمحتجر حق بعد ثلاث سنين.

وروى حميد بن زنجويه والنسائى فى كتاب الأموال: عن عمرو بن شعيب: أن النبى ﷺ أقطع أناساً من جهينة أرضاً، فعطلوها، فأخذها قوم آخرون، فأحيوه فخاصم فيها الأولون إلى عمر بن الخطاب، فقال: لو كانت قطيعة منى، أو من أبى بكر لم أردّها، ولكنها من رسول الله ﷺ، وقال: «من كان له أرض فعطلها ثلاث سنين لا يعمرها فعمرها غيره فهو أحق بها». (شرح النقاية بتصرف)

(٣) قوله: "لا يجوز" اعلم أن البعد عن العامر شرط عند أبى يوسف رحمه الله، وحد البعد ما بيناه، فلو لم يكن بعيداً فليس بموات؛ لأنه فناء العامر، فيتفعون به؛ لأنهم يحتاجون إليه لرعى مواشيتهم، وطرح حصائدهم، فلم يكن انتفاعهم منقطعاً عنه ظاهراً، فلا يكون مواتاً، وعند محمد يعتبر حقيقة الانتفاع حتى لا يجوز إحياء ما ينتفع به أهل القرى، وإن كان بعيداً، ويجوز ما لا ينتفعون به، وإن كان قريباً من العامر، وشمس الأئمة السرخسى اعتمد قول أبى يوسف رحمه الله. (الزيلعى بزيادة)

(٤) قوله: "فله" لقوله عليه الصلاة والسلام: من حفر بئراً فله ما حولها أربعون ذراعاً؛ ولأن حافر البئر لا يتمكن من الانتفاع إلا بما حولها؛ لأنه يحتاج إلى أن تقف على شفيه البئر ما يركب عليه البكرة وإلا يبنى حوضاً يجتمع فيه الماء، وإلى موضع تقف فيه مواشيه حالة الشرب وبعده، فقدرد

من كل جانب^(١)، وحریم العين خمسمائة من كل، فمن حفر
وهي مجرى الماء تحت الأرض، لإلقاء الطين، لم يقدر حریمه بشيء يمكن ضبطه
بثراً في حریمها منع^(٢) منه، وللقناة حریم بقدر ما يصلحه، وما
أى انكشف منه أى ماء
عدل عنه الفرات، ولم يحتمل عودهُ إليه، فهو موات^(٣)، وإن
الذى فى ملك الغير
احتمل لا^(٤)، ولا^(٥) حریم للنهر.

الشرع بأربعين ذراعاً، ثم قيل: أربعون ذراعاً من الجوانب الأربع من كل جانب عشرة أذرع؛ لأن ظاهر اللفظ يجمع الجوانب الأربعة.

والصحيح أن المراد أربعون ذراعاً من كل جانب؛ لأن المقصود دفع الضرر عنه كيلا يحفر آخر بثراً بجانبها، فيحول ماء البئر الأول إلى الثانية، ولا يندفع هذا الضرر بعشرة أذرع من كل جانب، فيقدر بأربعين كيلا تتعطل عليه المصالح، ولا فرق في ذلك بين أن يكون البئر للعطن أو للناضح عند أبى حنيفة، وعندهما إن كانت للعطن فأربعون ذراعاً، وإن كانت للناضح فحریمها ستون ذراعاً؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «حریم العين خمس مائة ذراع وحریم بئر العطن أربعون ذراعاً وحریم بئر الناضح ستون ذراعاً». (ز)

(١) سواء كان المعطن وهي التي ينزح الماء منها باليد أو الناضح، وهي التي نزع الماء منها بالبيرة.

(٢) لأن بالحفر ملك الحریم ضرورة تمكنه من الانتفاع بذلك التصرف الأخير في ملكه.

(٣) قوله: "موات" لأنه لم يكن في يد أحد؛ لأن قهر الماء يدفع قهر غيره، وهو الآن في الإمام. (الكشف)

(٤) قوله: "لا" أى إن احتمل عودهُ إليه لا يكون في حكم الموات لتعلق حق العامة على تقدير رجوع الماء إليه؛ لأن الماء حقهم لحاجتهم إليه. (العيني وز)

(٥) قوله: "ولا" وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله من الجنين؛ لأن استحقاق الحریم للحاجة، وصاحب النهر يحتاج إليه كصاحب البئر والعين، وهذا لأنه يحتاج على المشق على حافتي النهر ليجرى الماء إذا احتبس شيء وقع فيه، إذ لا يمكنه المشى في وسط الماء، وكذا يحتاج إلى موضع يلقى عليه الطين عند الكرى، كما في النقل إلى أسفله، وفيه من الحرج ما لا يخفى، وله أن استحقاق الحریم في البئر والعين ثبتت نصاً، بخالف القياس، فلا يلحق بهما ما ليس في معناهما؛ لأن الحاجة فيهما متحققة في الحال، إذ الانتفاع بهما لا يتأتى بدون الحریم، وفي النهر موهومة باعتبار الكرى، فلعله لا يحتاج إليه أصلاً، نعم يلحق بعض الحرج في ثقل الطين والمشى، وفي وسط النهر إلى أسفله، لكنه دون الحرج فيهما، فلا يمكن إلحاقه بهما، إذ شرط القياس أن يكون الفرع نظير الأصل، ألا ترى أن من بنى قصرأ في الصحراء لا يستحق لذلك حریماً، وإن كان يحتاج إليه لا تعاد الكناسة فيه؛ لأنه يمكن الانتفاع بالقصر بدون الحریم، ولا يقاس على البئر؛ لأن حاجته إليه دون حاجة صاحب البئر إلى الحریم. (ز)

بالكسر اسم مصدر

فصل (١) في الشرب (٢)

هو نصيب الماء، الأنهار العظام كدجلة والفرات غير (٣)
 لأحد (٤) أن يسقى أرضه، ويتوضأ به ويشربه،
 ليسقى المزارع والدواب نهر بغداد نهر الكوفة
 أى ولا يجوز لكل ودوابه بماء أى يشرب منه

(١) قوله: "فصل" لما فرغ من إحياء الموات ذكر ما يتعلق من مسائل الشرب؛ لأن إحياء الموات يحتاج إليه. (المجمع)

(٢) قوله: "الشرب" أى الشرب هو لغة نصيب الماء، أى الحظ المعين من الماء الجارى، أو الراكد، أو الجماد، وشرعاً: نوبة الانتفاع بالماء سقياً للزراعة والدواب، وذكر المصنف المعنى اللغوى دون الشرعى لثلاث يتوهم أنه مراد فى هذا المقام نبه عليه القهستانی. (الدر والطحاوى ومحمد إعزاز على غفر له)

(٣) قوله: "غير" أما الدليل على كونها غير مملوكة فلأن هذه الأنهار ليس لأحد فيها يد على الخصوص؛ لأن قهر الماء يمنع قهر غيره، فلا يكون محرزاً، والملك بالإحراز، وإذا لم يكن مملوكاً لأحد كان لكل أحد أن ينتفع به؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «المسلمون شركاء فى ثلاث فى الماء والكلا والنار»، رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه من حديث ابن عباس رضى الله عنهما، والمراد بالماء ما ليس بحرز، فإذا أحرز فقد ملك، فخرج من أن يكون مباحاً كالصيد إذا أحرز، فلا يجوز لأحد أن ينتفع به إلا بإذنه.

وشرط لجواز الانتفاع به أن لا يضر بالعامه، فإن كان يضر بالعامه، بأن يملكه الكرى أو نصب الرعى فليس له ذلك؛ لأن الانتفاع بالمباح لا يجوز، وإذا كان لا يضر بأحد فالانتفاع بالشمس والقمر والهواء، والمراد بالكلاء الحشيش الذى ينبت بنفسه من غير أن ينبت أحد، ومن غير أن يزرعه ويلقيه، فيملكه من قطعه وأحرزه، وإن كان فى أرض غيره.

والمراد بالنار الاستضاءة بضوءها، واصطلاحها، والإيقاد من لهبها، وليس لصاحبها أن يمنع من ذلك إن كانت فى الصحراء، بخلاف ما لو أراد غيره أن يأخذ الجمر؛ لأنه ملكه، ويتضرر بذلك، فكان له منعه كسائر أملاكه إلا إذا لم يكن له قيمة. (الزيلعى)

(٤) قوله: "لكل" وإنما كان له حق الشرب وسقى الدابة لما رويناه؛ ولأن الأنهار والآبار والحياض لم توضع للإحراز، والمباح لا يملك إلا بالإحراز، فصار كالصيد إذا تكس فى أرض إنسان. ولأن الحاجة إلى الماء تتجد ساعة فساعة، ومن سافر لا يمكنه أن يستصحب ما يكفيه إلى أن يرجع إلى وطنه، فيحتاج إلى أن يأخذ الماء من الآبار والأنهار التى تكون على طريقه لنفسه ودابته، وصاحبه لا يتضرر بذلك القدر، فلو منع من ذلك لحقه حرج عظيم، وهو مدفوع شرعاً.

بخلاف سقى الأراضى حيث يمنع صاحب الماء عنه وإن لم يكن عليه بذلك ضرر، وهو المراد بقوله: لا أرضه؛ لأن فى إباحته ذلك إبطال حق صاحبه، إذ لا نهاية لذلك، فيذهب به منفعة، فيلحقه

أى هذا كله إن لم... إلخ

أى يحفر

وينصب الرحي عليه، ويكرى منها نهراً إلى أرضه إن لم يضر

بالعامة، وفي الأنهار المملوكة والآبار والحياض لكل شربه

من البقر وهو الشق

أى لا يسقى أرضه

وسقى دابته لا أرضه، وإن خيف تخريب النهر لكثرة البقور

لأنه صهار ملكاً له بالإحراز

يمنع، والمحرز فى الكوز، والحب^(١) لا ينتفع به إلا أن يأذن

خير المبتدأ

نعت لنهر

مبتدأ أى يحضر

صاحبه، وكرى نهر غير مملوك من بيت المال^(٢)، فإن^(٣)

موصولة

لم يكن فيه شيء يُجبر الناس على كرية، وكرى^(٤) ما هو

مبتدأ

لأن المنفعة لهم، فتكون مؤنثة عليهم

مملوك على أهله، فيجبر^(٥) الأبي على كرية، ومؤنة كرى النهر

به ضرر، ولا كذلك شربه وسقى دابته؛ لأنه لا يلحقه بمثله ضرر عادة، حتى لو تحقق فيه الضرر بكسر صفة أو غيره كان له المنع، وهو المراد بقوله: وإن خيف تخريب النهر لكثرة البقور يمنع؛ لأن الحق لصاحبه على الخصوص، وإنما أثبتنا حق الشرب لغيره للضرورة، فلا معنى لإثباته على وجه يتضرر صاحبه، إذ به تبطل منفعته. (ز)

(١) قال العيني: بضم الحاء المهملة وتشديد الباء الموحدة، وهى الخابية، فى "الطائى": بضم

الجيم، والصهرج - وفى بعض النسخ بالحاء المهملة - (عز)

(٢) قوله: "بيت المال [لأن ذاك لمصلحة عامة المسلمين، وبيت المال الخراجى معد لمصالحهم]"

أى مال الخراج والجزية؛ لأنه لنوائب المسلمين لا مال الصدقات؛ لأنه للفقراء. (الكشف)

(٣) قوله: "فإن" أى فإن لم يكن فى بيت المال شيء يكفيه، ومن جملة بيت المال ما فى أيدي

المملوك والوزراء والأمراء من آلات الذهب والفضة، وفى حلق نساءهم من الجواهر ونحوها، فعلى العامة كرية بحبرهم الإمام على ذلك؛ لأن فى تركه ضرراً، وقلما ينفق العامة على المصالح باختيارهم إلا أن الإمام يخرج له أى للكرى - (عز) من يطيقه أى الكرى - (عز) ويجعل مؤنته على المياسر الذين لا يطيقونه أنفسهم، كما فى تجهيز الجيوش. (شرح النقاية)

(٤) مبتدأ، أى كرى النهر الذى هو... إلخ.

(٥) قوله: "فيجبر" دفعاً للضرر العام، وهو ضرر بقية الشركاء، وضرر الأبي خاص، ويقابله

عوض، وهو حصة من الشرب، فلا يعارض به، أى بالضرر الخاص، بل يغلب جانب الضرر العام، فيجعل ضرراً، ويجب السعى فى إعدامه، وقيل: لا يجبر إلا إذا كان مشتركاً، وأبى أحد شركاءه، وإلا فلا معنى للإجبار مع ترك حقهم بالاختيار. (شرح النقاية والكشف)

أى على أهل النهر ^{تفريع على ما سبق} ^{منهم الرجل من الكرى} المشترك عليهم من أعلاه، فإن جاوز أرض رجل برئ^(١)، ولا كرى على أهل الشفة^(٢)، ويصح^(٣) دعوى الشرب بغير أرض. ^{كائن} نهر بين قوم اختصموا فى الشرب، فهو^(٤) بينهم على قدر

(١) قوله: "برئ" هذا عند أبى حنيفة رحمه الله، والفتوى عليه، ذكره قاضى خان، وقالوا: هو عليهم جميعاً من أول النهر إلى آخره بحصص الشرك والأرضين، وتوضيحه أن الشركاء فى النهر، إذا كانوا عشرة، فعند أبى حنيفة مؤنة الكرى عليهم جميعاً من أول النهر أعشاراً إلى أن يجاوز أرض أحدهم، فحينئذ يكون مؤنة الكرى على الباقيين اتساعاً إلى أن يجاوز أرضاً، ثم يكون على الباقيين أثماً، وعلى هذا التقصان إلى آخر النهر.

وعندهما المؤنة عليهم أعشاراً من أول النهر إلى آخره؛ لأن كل واحد ينتفع بالأفضل كما ينتفع بالأعلى؛ لاحتياجه إلى تسيل ما فضل من الماء، فإنه إذا سدّ ذلك فاض على أرضه، فيفسد زرعه، فتبين أن كل واحد منهم ينتفع بالنهر من أوله إلى آخره، فإذا استوا فى الغنم استوا فى الغرم. (شرح النقاية)

(٢) قوله: "أهل الشفة" واحد الشفاه، وأصله شفهة، سقطت الهاء تخفيفاً، وأهل الشفة هم الذين لهم حق الشرب بشفاههم، وسقى دوابهم، والاستقاء بالأونى دون سقى الأراضى، ووجه عدم الكرى بسهم كونهم غير محصورين، إذ ما من أحد فى العالم إلا وله حق الشفة، فتعذر الوجوب على قوم غير محصورين على أن المقصود الأصلي من حفر الأنهار ونحوها سقى الأراضى، وأهل الشفة أتباع، والمؤنة إنما تجب على الأصول دون الأتباع. (عز)

(٣) قوله: "ويصح" هذا استحسان، والقياس أن لا تصح؛ لأن شرط صحة الدعوى إعلام المدعى فى الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا تقبل الإعلام، ولا يطلب من القاضى أن يقضى له بالملك فى المدعى إذا ثبت دعواه بالبينة، والشرب لا يحتمل التملك بدون أرض، فلا يسمع القاضى فيه الدعوى، والخصومة كالخمر فى حق المسلمين.

وجه الاستحسان أن الشرب مرغوب فيه، منتفع به، ويمكن أن يملك بغير أرض بالإرث والوصية، وقد يبيع الأرض دون الشرب، فيبقى له الشرب وحده، فإذا استولى عليه غيره كان له أن يدفع الظلم عن نفسه بإثبات حقه بالبينة (ز)

(٤) قوله: "فهو" لأن المقصود الانتفاع بسقيها بقدرها، بخلاف الطريق؛ لأن المقصود التطريق، وهو فى الدار - أى إلى الدار - الواسعة، والضيقة على غط واحد.

ولا يقال: قد استوا فى إثبات اليد على النهر، فوجب أن يستوا فى الاستحقاق؛ لأننا نقول: الماء لا يمكن إثبات اليد عليه حقيقة، إذ لا يمكن إحرازه، وإنما ذلك بالانتفاع، والظاهر أن الانتفاع يتفاوت بتفاوت الأراضى، فيتفاوت الإحراز الذى هو فى ضمن الانتفاع، فيكون فى يد كل واحد

فى الصحيح ^{أى لأحد الشركاء فى النهر} وليس ^(١) لأحدهم أن يشق منه نهراً، أو ينصب عليه ^{أى من النهر} أراضيه، ^{وهو ما يعبر عليه، ويكسر وجمعه أجسر وجسور} رحي، أو دالية ^(٢)، أو جسراً ^(٣)، أو يوسع فم النهر، أو يقسم ^{حالية} بالأيام، وقد وقعت القسمة بالكوى ^(٤)، أو يسوق شربه إلى ^{أى للأرض الأخرى فى النهر} أرض له أخرى ليس لها فيه شرب بلا رضاءهم، ويورث ^(٥) الشرب، ويوصى بالانتفاع بعينه، ولا يباع ^(٦) ولا يوهب، ^{لكنه حقا مالياً، فيجوز فيه الإرث. لأن الوصية أخت الميراث كلاهما للجهالة أو الغرور}

منهم . (الكشف والزيلعى)

(١) قوله : " وليس " أى ليس لبعض الشركاء أن يتصرفوا هذه التصرفات ، أما شق النهر فلأن فيه كسر ضعة النهر ، وأما الثانى فلأن فيه شغل موضع مشترك بالبناء إلا برضا أصحابه ، إلا أن يكون رحي لا يضر بالنهر ، ولا بالماء ، وكان موضعها فى أرض صاحبها ؛ لأنه تصرف فى ملك نفسه ، ولا ضرر فى حق غيره ، ومعنى الضرر بالنهر كسر ضغته ، وبالماء أن يتغير عن سنته ، أو ينقص الدالية بمنزلة الرحي ، والسانية فى حكمها ، وأما الجسر فلأن فيه اشتغال الموضع المشترك ، فيمنع منه ، والقنطرة مثل الجسر ، أما عدم إيساع فم النهر ، فللكسر الضفة ، ولزيادة على قدر حقه فى أخذ الماء .
وأما عدم التقسيم بالأيام بعد ما وقعت القسمة بالكون ؛ لأن التقديم يترك على حاله لظهور الحق فيه ، وأما فلائنه إذا فعل ذلك يخشى أن يدعى حق الشرب لهما من هذا النهر مع الأولى إذا تقادم العهد ، ويستدل على ذلك بالمحذور لإجراء الماء فيه إليها ، وكذا لو أراد أن يسوق شربه فى أرضه الأولى حتى تنتهى إلى الأخرى ؛ لأنه يستوفى زيادة على حقه ، إذ الأرض الأولى تنشف بعض الماء قبل أن تسقى الأخرى . (عز)

(٢) أى جذع طويل يركب تركيب مذاق الارذ فى رأسه مغفرة كبيرة يستقى ، وقيل : هى الدواب . (ط)

(٣) وفرق بين القنطرة وبين الجسر : أن الجسر اسم لما يوضع ويرفع مما يكون متخذاً من الألواح والخشبة ، والقنطرة ما يتخذ من الآجر والحجر ، يكون موضوعاً ولا يرفع ، وقيل : إنه أعم من القنطرة ؛ لأنه يكون من الخشب والتراب . (الطحطاوى بتغيير)

(٤) بكسر الكاف ، ويجوز المد والقصر ، وهو جمع كوة بالفتح هو الثقب .

(٥) قوله : " ويورث " لأن الوارث يقوم مقام المورث فى حقوقه وأملاكه ، وقد يملك بالإرث مالا يملك لغيره من الأسباب كالقصاص والدين والخمر . (الكشف)

(٦) قوله : " ولا يباع " والفرق أن الورثة خلفاء الميت ، فيقومون مقامه فى حقوق الميت ،

ولو ملأ أرضه ماء فنزت أرض جاره، أو غرقت لم يضمن^(١).
رجل نزلت الأرض صارت منابع بسبب ذلك

وأملكه، وجاز أن يقوموا مقامه فيما لا يجوز تملكه بالمعاوضات والتبرعات، كالدين والقصاص، والخمر، فكذا الشرب والوصية أخت الميراث، فكانت مثله، بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك حيث لا يجوز للغرر، أو الجهالة، أو لعدم الملك فيه للحال، أو لأنه ليس بمال متقوم حتى لو أتلف شرب إنسان بأن سقى أرضه من شرب غيره لا يضمن على رواية الأصل، وكذا لا يضمن بعقد الوصية بيعه ووصية، والتصدق به مثل بيعه، فلا يجوز، بخلاف الوصية بالانتفاع به على ما بينا. (الزيلعي)

(١) قوله: "لم يضمن" لأنه مسبب، وليس بمتعدّ فيه، فلا يضمن؛ لأن شرط وجوب الضمان في السبب أن يكون متعدّياً، وإنّا قلنا: ليس بمتعدّ فيه؛ لأن له أن يملأ أرضه ماء ويسقيها، كما في المنح، وفي القهستاني هذا إذا يبقى في نوبته مقدار حقه، وأما إذا سقى في غير نوبته، أو زاد على حقه يضمن، وذكر في التتمة أنه إذا سقى سقياً غير معتاد، فتعدى ضمن، وعليه الفتوى. (المجمع بحذف)

كتاب^(١) الأشربة^(٢)

من الأشربة
الشراب ما يسكر، والمحرم منها أربعة: الخمر، وهي^(٣)
كسر النون وتشديد الباء غلياناً كاملاً بأن صار أسفله أعلاه هو الرغبة بالإجماع
السنيء من ماء العنب إذا غلا واشتد وقذف^(٤) بالزبد، وحرم

(١) قوله: "كتاب" ذكر الأشربة بعد الشرب لأنهما شعبتا عرق واحد لفظاً ومعنى، وقدم الشرب لمناسبته لإحياء الموات.

فإن قلت: ما باله حل للأثم السابقة، ولنا مع احتياجنا إلى ذلك؟ قلت: أجيب بأن السكر حرام في جميع الأديان، وحرمة شرب القليل علينا من الخمر كرامة لنا من الله تعالى لثلاث نفع في المحظور، ونحن مشهود لنا بالخيرية.

واعلم أن الأصل في الأشياء كلها سوى الفروج الإباحة، قال الله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾، وقال تعالى: ﴿كُلُوا مِمَّا فِي الْأَرْضِ حَلَالًا طَيِّبًا﴾، وإنما ثبتت الحرمة بعارض نص مطلق، أو خبر مروي، فما لم يوجد شيء من الدلائل المحرمة فهي على الإباحة. (الطحطاوى بحذف)

(٢) جمع شراب وهو لغة: ما يشرب، وهنا ما يشرب ويسكر.

(٣) قوله: "وهي" وقال بعض الناس: هو اسم لكل مسكر؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «كل مسكر خمر»، وأخرجه مسلم، لكن بالظن، ولفظه عن نافع ابن عمر قال: "ولا أعلم إلا عن النبي ﷺ كل مسكر خمر"، وقوله عليه الصلاة والسلام: «الخمر من هاتين الشجرتين»، أخرجه الجماعة إلا البخاري، وأشار إلى الكرم والنخلة.

ولنا أنه اسم خاص فيما ذكر بإطباق أهل اللغة، ولذا اشتهر استعماله فيه وفي غيره، والحديث الأول طعن فيه يحيى بن معين، ولذا رواه مسلم بالظن، وقال أحمد بن حنبل كل حديث لا يعرفه يحيى بن معين فهو ليس بحديث ولا سنة، والثاني أريد به بيان الحكم، أي حرمة قليلة وكغيره، إذ هو اللائق بمنصب الرسالة. (الكشف وحاشيته)

(٤) قوله: "وقذف" وقالوا: إذا اشتد صار خمرًا، وايشترط القذف بالزبد؛ لأن للاسم يثبت به، وكذا المعنى المحرم بالاستدلال، وهي اللذة المطربة، وهو المؤثر في الفساد، وله أن الغليان بدايت الشدة، وكما لها بقذف الزبد وسكونه إذ به تميز الصافي من الكدر، وأحكام الشرع كالحذر، وإنكار المستحل وحرمة البيع قطعية تناط بالنهاية، وقيل: يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاستدلال احتياطاً. (الكشف وحاشيته)

بالكسر. ^١، والطلاء ^٢ وهو العصير إن طبخ حتى ذهب قليلها وكثيرها ^٣، من ثلثيه، والسكر ^٤، وهو النىء من ماء العنب ^٥ ونقيع الزبيب، وهو النىء من ماء الزبيب، والكل حرام إذا غلا واشتد، وحرمتها دون ^٦ حرمة الخمر، فلا يكفر مستحلها

(١) فإن حرمتها غر معللة - بالسكر - ولا موقوفة عليه .

(٢) قوله : والطلاء " وهو النوع الثانى من الأشربة المحرمة ، وقال فى " المحيط " : الطلاء اسم للمثلث وهو ما طبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه ، وبقي ثلثه ، وصار مسكراً ، وهو الصواب ؛ لما روى أن كبار الصحابة رضى الله عنهم كانوا يشربون من الطلاء ما ذهب ثلثاه ، وبقي ثلثه على ما يجيء من قريب ، وإنما سمي طلاء لقول عمر رضى الله ما أشبه هذا الطلاء البعير ، وهو القطران الذى يطلى به البعير إذا كان به جرب وهو يشبه .

(٣) وإذا ذهب ثلثاه ، هاضماً أم حلواً يحل شربه عند الكل ، وإذا غلى واشتد يحل شربه عندهما ما لم يسكر خلافاً لمحمد .

(٤) قوله : " والسكر " وهو النوع الثالث من الأشربة مشتق من سكران الريح إذا سكنت ، وإنما يحرم إذا اشتد وقذف بالزبد ، وقبله حلال ، وقال شريك بن عبد الله : هو مباح ، وإن قذف بالزبد لقوله تعالى : ﴿ تَتَخَذُونَ مِنْهُ سَكْرًا وَرِزْقًا حَسَنًا ﴾ امتن علينا به ، والامتنان لا يتحقق بالمحرم . ولنا إجماع الصحابة على حرمة ذلك ، والنص محمول على ما قبل التحريم ، فيكون منسوخاً ، وهو مذهب الشعبى والنخعى .

وفى " مصنف ابن أبى شيبة " : عن إبراهيم قال : قال عبد الله : السكر خمر ، وعن الشيخ أبى منصور الماترىدى معناه : تتخذون من الخلال الخالص ما هو حرام ، كقوله تعالى : ﴿ قُلْ أَرَأَيْتُمْ مَا أَنزَلَ اللَّهُ لَكُمْ مِنْ رِزْقٍ فَجَعَلْتُمْ مِنْهُ حَرَامًا وَحَلَالًا ﴾ . (شرح النقاية بحذف والزيلعى)

(٥) قوله : " ونقيع " وهو النوع الرابع من الأشربة المحرمة إذا اشتد ؛ لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما : « أنه عليه الصلاة والسلام كان ينقع له الزبيب فيشربه اليوم والغد وبعد الغد مساء الثالثة ثم يأمر به فيسقى الخدم » ، رواه مسلم .

وفى رواية : فإن بقى شيء أهرقه أو أمر به فأهريق ، ثم حرمة هذه الأشياء دون حرمة الخمر ، حتى لا يكفر مستحلها ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر ونجاستها خفيفة ، فى رواية : ويجوز بيعها ويضمن متلفها عند أبى حنيفة رحمه الله على ما بينا فى الغصب . (الزيلعى بحذف)

(٦) قوله : " دون " لأن حرمة الخمر قطعية ، وحرمة هذه الاجتهادية ، وحرمة السكر وإن كان بإجماع الصحابة ، وهو مفيد القطع ، لكن بشرط النقل المتواتر ، ولعله لم ينقل بالتواتر . (الكشف

فإن مستحلها يكفر لأن حرمتها قطعية

بخلاف الخمر.

من الأشربة
والحلال منها أربعة: نبيذ^(١) التمر والزبيب إن طبخ أدنى
أى يطبخ إلى أن ينضج
أى ما يغلب على ظنه أنه لا يسكول بنية التقوى
طبخة، وإن اشتد إذا شرب ما لا يسكر بلا لهو وطرب
والخليطان^(٢)، ونبيذ^(٣) العسل^(٤) والطين والبرّ والشعير والذبرة

والعيني

(١) قوله: "نبيذ" وجه حل نبيذهما ما روى عن أبي قتادة أن النبي ﷺ قال: «لا تتبذوا الزهو والرتب جميعاً ولا تتبذوا الرطب والزبيب جميعاً لكن انتبذوا كل واحد منهما على جدته»، رواه مسلم وأحمد، ورواه البخاري وذكر التمر بدل الرطب، وهذا نص على أن المتخذ من كل واحد منهما مباح، وفي الباب أحاديث بسط. (الزيلعي وغيره)

وأما الأحاديث الصحاح الواردة في حرمة المتخذة في التمر، فمحمولة على النى، وفي حلتها، فمحمولة على المطبوخ تحصيلاً للتوفيق، ودفعاً للتعارض. (عز)

(٢) قوله: "والخليطان" (وهو يجمع بين ماء التمر وماء الزبيب، ويطبخ ويترك إلى أن يغلى ويشند) وجه الحل ما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت: "كنا نتبذ لرسول الله ﷺ في سقاء فنأخذ قبضة من تمر، وقبضة من زبيب فنطرحهما فيه، ثم نصب عليه الماء، فنتبذ غدوة، فيشربه عشية، ونتبذ عشية فيشربه غدوة"، رواه ابن ماجه.

وما رواه من النهى فيما رويناه محمول على حالة القحط والعوز لثلا يجمع بين النعمتين، وجاءه محتاج بل يؤثر بأحدهما جاره، والإباحة كانت في حالة السبقة، والحمل متأثر عن إبراهيم النخعي رضى الله عنه. (الزيلعي بحذف وزيادة)

(٣) قوله: "ونبيذ" وبه حل هذه الأنبيذة قوله عليه الصلاة والسلام: الخمر من هاتين الشجرتين: النخلة والعنب، رواه مسلم وأحمد وغيرهما خص التحريم بهما، والمراد بيان الحكم، أى حكمهما واحد، لا أن كلا منهما يسمى خمرًا حقيقة، ولا يشترط فيه الطبخ؛ لأن قليله لا يفضى إلى كثيره كيفما كان. (الزيلعي بتصرف)

(٤) وحرهما محمد، أى الأشربة المتخذة من العسل والتين ونحوها مطلقاً قليلها وكثيرها، وبه يفتى، ذكره الزيلعي وغيره، واختاره شارح "الوهبانية"، وذكر أنه مروى عن الكل، قلت: في طلاق "البزازية"، وقال محمد: ما أسكر كثيره فقليله حرام، وهو نجس أيضاً، ولو سكر منها، المختار في زماننا أن يحد.

أي اتخاذ النبيذ
 طَبِخَ أُولَا^(١) والمثلث^(٢) العنبى، وحل^(٣) الانتباز فى الدُّبَاءِ^(٤)
 الحجرة الخضراء فمبل بمعنى مفعول الحشبة الميقور
 والحتتم والمزفت^(٥) والنقىير وحل^(٦) الخمر سواء خللت أو
 يالقه شئ فيها

(١) أى أو لم يطبخ، إذا كان من غير لهو وطرب.

(٢) قوله: "والمثلث [وهو ما طبخ من الماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقي العنب]" وجه حله أن لفظه لا يحصل بشراب قليله الفساد، ولا يدعو قليله إلى كثيره، بخلاف الخمر، قال البخارى: ورأى عمر وأبو عبيدة ومعاذ شرب الطلاء على الثلث وروى النسائي شربه عن أبى موسى.
 وقال أبو داود: سألت أحمد عن شرب الطلاء إذا ذهب ثلثاه بقي ثلثه، فقال: لا بأس به، قلت: إنهم يقولون أنه يسكر، قال: لو كان يسكر ما أحله عمر، ففى المبسوط عن داود بن أبى هند، قال: قلت لسعيد بن المسيب: الطلاء الذى كان يأمر عمر باتخاذہ الناس، ويسقيهم منه، كيف كان قالاً: يطبخ العصير حتى يذهب ثلثاه، ويبقى ثلثه. (شرح النقاية بتصرف)

(٣) قوله: "وحل" لما روى الجماعة من حديث بريدة: إني نهيتكم عن الظروف، فإن ظرفاً لا يحل شيئاً ولا يحركه، وكل مسكر حرام، وفى رواية: كنت نهيتكم عن الأشربة إلا فى ظروف الأدم، فاشربوا فى كل وعاء، غير أن لا تشربوا مسكراً، وفى لفظ مسلم: كنت نهيتكم عن الظروف، والظروف لا تحل شيئاً ولا تحرمه، وكل مسكر حرام.

وفى "سنن أبى داود": عن بريدة قال: قال رسول الله ﷺ: «نهيتكم عن ثلاث وأنا أمركم بهنّ نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها فإن زيارتها تذكرة ونهيتكم عن الأشربة أن تشربوا إلا فى ظرف الأدم فاشربوا فى كل وعاء غير أن لا تشربوا مسكراً ونهيتكم عن لحم الأضاحى أن تأكلوها بعد ثلاث فكلوا واستمتعوا بها فى أسفاركم». (شرح النقاية)

(٤) قوله: "الدباء [بالتشديد والمد جمع دباء وهو القرع]" إنما خص هذه الأوعية بالذكر لأن الأنبذة تشد فى هذه الظروف أكثر مما تشد فى غيرها، فرمما يتوهم عدم جواز الانتباز فيها.

(٥) وهو المطلق بالزفت أى القير.

(٦) قوله: "وحل" أى وحل خل الخمر سواء خللت بإلقاء شئ فيها، كالمالح ونحوه، أو تحللت بنفسها من غير علاج؛ لإطلاق ما أخرجه الجماعة إلا البخارى من حديث جابر قال: قال رسول الله ﷺ نعم الإدام الخل.

وقال مالك والشافعى: لا يحل تخليل الخمر، ولا أكل الحاصل منه، أخرجه مسلم.
 قال: سئل النبى ﷺ عن الخمر اتخذ خلا قال: لا، وأخرج أيضاً عن أنس أن أبا طلحة سأل النبى ﷺ عن أيتام ورثوا الخمر، قال: أهرقها قال: أفلا تجعلها خلا، قال: لا، ولأن الصحابة أهرقوها عين نزلت آية التحريم، ولو جاز التخليل لنبه عليه السلام عليه، كما نبه أهل الشاة الميتة على دباغ إهابها.
 وفى "مسند أحمد": عن ابن عمر قال: أمرنى ﷺ أن آتية بمدية فأتيته بها، فخرج بأصحابه إلى أسواق المدينة، وفيها زقاق الخمر، فشق ما كان من ذلك الزقاق بحضرته، ثم أعطانيها، وأمر أصحابه أن

هو ما يبقى في أليافها إنما ذكر؛ لأن له تأثيراً في تحسين الشعر
تخللت، وكره^(١) شرب دردى الخمر والامتشاط به، ولا
يُحد^(٢) شاربه بلا سكر.

يفضوا معي، ويعاونوني، وأمرني أن أتى الأسواق كلها، فلا أجد فيها زق خمر إلا شققته، ففعلت، فلم أترك أسواقها زقاً إلا شققته.

وأجاب الطحاوي بأن ذلك محمول على التغليظ والتشديد، بدليل أنه ورد في بعض طرقه الأمر بكسر الدنان، فيما روى الدارقطني والطبراني في "معجمه"، وبدليل ما روى أحمد في "مسنده": عن ابن عمر أن النبي ﷺ شق زقاق الخمر بيده في أسواق المدينة، وهذا صريح في التغليظ؛ لأن فيه إتلاف مال الغير، إذ قد كان يمكن إراقة الدنان والزقاق وتطهيرها، ولكن قصدها بإتلافها التشديد ليكون أبلغ في الردع.

قلت: ويؤيد ما رواه البيهقي كما تقدم عن أحمد، وفيه: فقال الناس: إن في هذا الزقاق منفعة يا رسول الله ﷺ قال: أجل ولكن إنما أفعل ذلك غضباً لله لما فيه من سخطه.

وفى "مسند أبي يعلى موصلى": عن جابر بن عبد الله قال: كان رجل يحمل الحمل من خيبر إلى المدينة، فيبيعها من المسلمين، فحمل منها بمال فقدم، فلقية رجل من المسلمين، فقال: إن الخمر قد حرمت فوضعها حيث انتهى على تل، وسجّأها بأكسية، ثم أتى النبي ﷺ، فقال: يا رسول الله! بلغني أن الخمر قد حرمت، قال: أجل، قال: فهل لى أن أردّها على من ابتعتها منه، قال: لا، قال: أفأهديها إلى من يكافئني منها، قال: فإن فيها مال اليتامى في حجرى، قال: إذا أتانا مال البحرين فائتنا نعوض أيتامك من مالهم، ثم نادى بالمدينة، فقال رجل يا رسول الله! الأوعية ينتفع بها قال: فحلوا أوكيتها، فأنصبت حتى استقرت في بطن.

وفى "المبسوط": حجتنا ما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال: «أيا إهاب دبغ فقد طهر» كالخمر تخلل فتحل، ثم إذا صارت فلا يطهر ما يواربها من الإناء، وأما أعلاه وهو الذى انتقص منه الخمر، فقليل يطهر تبعاً، ولا يطهر؛ لأنه تنجس بإصابة الخمر، ولم يوجد ما يوجب طهارته، فبقى نجساً. (شرح النقاية ملخصاً)

(١) قوله: "وكره" لأن فيه أجزاء الخمر، فكان حراماً نجساً، والانتفاع بمثله حرام، ولهذا لا يجوز أن يداوى به جرحاً، ولا أن يسقى ذمياً ولا صيباً، والوبال من سقاه، وكذا لا يسقيها الدواب ولو ألقى البهري في الخل، فلا بأس به؛ لأنه يصير خلا، لكن يباح حمل الخل إليه دون عكسه. (الزيلي بحذف)

(٢) قوله: "ولا يحد" لأن وجوب الحد للزجر إنما يشرع فيما تميل الطباع إليه، ولا تميل الطباع إلى شرب الاروى، بل لعافه، وتنفر منه، فأشبهه غير الخمر من الأشربة التى لا حد فيها إلا بالكسر، ويكره الاحتقان بالخمر والإقطار فى الإحليل؛ لأنه انتفاع بالنجس المحرم. (شرح النقاية)

كتاب^(١) الصيد

هو^(٢) الاصطياد، ويحل^(٣) بالكلب المَعْلَم والفهدى
والبازى وسائر^(٤) الجوارح المَعْلَمَة^(٥)، ولا بد^{لما تلونا} من التعليم، وذا^{أى التعظيم}
بترك الأكل ثلاثاً^{أى ثلاث مرات} فى الكلب^{ونحوه}^(٦)، وبالرجوع إذا دعوته^{والإجابة} فى

(١) قوله: "كتاب" لعل مناسبتة أن كلا منهما يورث السرور، إلا أن السرور فى الأشربة المباحة أكثر؛ لأنه بامر يدخل فى الباطن، وفى الصيد أمر خارجى، والأقوى بالتقديم أولى؛ فكان آخر كتاب الأشربة مناسباً للصيد باعتبار وصف الإباحة وإحداث السرور.

وقيل: المناسبة بينهما أن كله يورث الغفلة، ففى الحديث من اتبع الصيد فقد غفل، إلا أنه قدم الأشربة لحرمها اعتناء بالاحتراز، ومحاسنه محاسن الكسب، وسببه يختلف باختلاف حال الصائد، فقد يكون الحاجة إليه، وقد يكون إظهار الجلادة، وقد يكون التفرج (ط)

(٢) قوله: "هو" أى الصيد هو الاصطياد فى اللغة، وسمى به المصيد تسمية للمفعول بالمصدر، فصار اسماً لكل حيوان متوحش تمتنع عن الأدمى، مأكولاً كان أو غير مأكول. (الزبيلى)

(٣) قوله: ويحل لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾، وأدنى درجات الأمر الإباحة، وعلى إباحته انعقد الإجماع؛ ولأنه نوع اكتساب، وانتفاع بما هو مخلوق لذلك، وفيه استيفاء المكلف، وتمكنه من إقامة التكليف. (الكشف بحذف)

(٤) واستثنى الخنزير، فإن الاصطياد به لا يجوز بالإجماع لنجاسة عينه.

(٥) لقوله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُ مِنَ الْجَوَارِحِ﴾ أى صيد ما علمتم وهو عطف على الطييات.

(٦) قوله: "وذا" أى التعليم فى الكلب يكون بترك الأكل ثلاث مرات، وفى البازى بالرجوع إذا دعى، روى ذلك عن ابن عباس رضى الله عنهما.

ولأن بدن الكلب يحتمل الضرب، فيمكن ضربه حتى يترك الأكل، وبدن البازى لا يحتمل الضرب، فلا يمكن تحقيق هذا الشرط فيه، فاكتفى بغيره بما يدل على التعليم. (الزبيلى)

(٧) قوله: "فى الكلب" سمعت محمود الأساتذة: قال: اختلج فى قلبى من ذبيحة غير الكتابى سيرة مع أن الذابح إنسان، وهو مشرف بشرافة ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنَى آدَمَ﴾ الآية، وما صاده الكلاب المعظمة والطيور والجوارح حلال مع أنها لا تسمى، وما هذا إلا ترجيح المرجوح، فرأيت فيما يرى النائم أن الأستاذ جالس، فعرضته عليه ما حدث النفسى، قال: هذه من ثمرات الانقياد والتذلل، فإن الإنسان مع كونه محفوقاً بنعمه تعالى لما أعرض عن عبادة خالقه ومالكة، وطغى وبقي ومال إلى غيره تعالى

ونحوه عطف على قوله: من التعليم أى إرسال الجارح السهم أى ولا بد من... إلخ
البازى، ومن^(١) التسمية عند الإرسال، ومن الجرح فى أى

موضع كان، فإن أكل^(٢) منه البازى أكل^(٣) وإن أكل الكلب^(٤)

أو الفهد لا^(٥)، وإن أدركه حياً ذكاه^(٦)، وإن لم يذكه^(٧)، أو

جعل ذبيحته ميتة، والكلب مجبول على الأكل من اللحوم، ولما ترك كما جبل عليه من الأكل لانقياد ماله شرفه الله تعالى على من أعرض عنها، فإن المولى إذا أبق عبده يفضل عليه من هو مفضول عنه إذا أطاعه (عز)

(١) قوله: "ومن" أى لا بد من التسمية عند الإرسال، ومن الجرح فى أى موضع كان من أعضائه. أما التسمية، فلقوله تعالى: ﴿وَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ لقوله عليه السلام لعدى بن حاتم: «إذا أرسلت كلبك فاذكر اسم الله عليه فإن أمسك فأدركته قد قتل ولم يأكل منه فكله فإن أخذ الكلب زكاة»، رواه أحمد والشيخان.

ومتروك التسمية عامداً ميتة عندنا، وناسياً حلال، كما بيناه فى الذبائح، وأما الجرح فلتتحقق الذكاة الاضطرابية، ولتوافق أصل المعنى اللغوى من الجراحة فى الجوارح، وإن كان نقل الجرح إلى معنى الكسب، ومنه قوله تعالى: ﴿وَيَعْلَمُ مَا جَرَحْتُم بِالنَّهَارِ﴾. (عز)

(٢) لأن تعلمه بالإجابة لا يترك أكل بالإجماع.

(٣) قوله: "أكل" وقال مالك والشافعى فى القديم: يוכל وإن أكل منه الكلب، فالبازى لما روى عن عبد الله بن عمر أن أبا ثعلبة قال: يا رسول الله! إن لى كلاباً معلمة، فأفتنى فى صيدها، فقال: إن كانت لك كلاب معلمة فكل ما أمسكت عليك - الحديث - إلى أن قال النبى ﷺ: «وإن أكل منه، قال عليه الصلاة والسلام: وإن أكل منه، وفعل الكلب إنما صار زكاة لعلمه، وبالأكل لا يعود جاهلاً، فصار كالبازى».

ولنا ما رويناه من حديث عدى رضى الله عنه وقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا أرسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله، فكل مما أمسكن عليك إلا أن يأكل الكلب فلا تأكل فإنى أخاف أن يكون إنما أمسك على نفسه»، رواه البخارى ومسلم وأحمد.

(٤) ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه حل؛ لأنه ممسك عليه، وهذا غاية علم، حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه، وأمسك عليه ما يصلح له.

(٥) قوله: "لا" لأن أكل الكلب علامة الجهل من الابتداء؛ لأن الخرق لا تنسى أصلها، فإذا أكل تبين أنه إنما كان ترك الأكل لشيع لا للتعلم، والفرق بين البازى والكلب أن التعلم فى الكلب كان بترك الأكل البعد أكله تبين أنه جاهل، وفى البازى كان بالإجابة إذا دعاه صاحبه، وهو لم يخالفه، وإنما هو أكل من الصيد وترك الأكل لم يكن تعلمه، فما صدر منه لا يخالف التعلم، وما خالف التعلم لم يصدر منه (عز)

سواء كسر منه عضواً أم لا ^{أى كلبه المعلم}
 خنقه الكلب، ولم يجرحه أو شاركه كلب غير معلم، أو
 كلب مجوسى، أو كلب لم يذكر اسم الله عليه عمداً

الصيد فى الوجه كلها

(١) حرم

وإن أرسل كلبه فزجره ^{بالبصاح عليه} (٢) مجوسى، فانزجر ^{ما صاده} (٣) حل، ولو
 أرسله مجوسى فزجره مسلم، فانزجر حرم، وإن ^{أى الكلب} (٤) لم يرسله

(٦) قوله: "ذكاه" لقوله عليه الصلاة والسلام لعدى: «إذا أرسلت كلبك فاذكر اسم الله عليه وإن أمسك عليك فأدرتته حياً فاذبحه»، الحديث رواه البخارى ومسلم وأحمد، ولقدرته على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل، أما إذا لم يتمكن من ذبحه لفقد إزالة أصلا، أو لضيق الوقت مع وجودها، وفيه حياة فوق حياة المذبوح، ولم يذكر لم يوكل فى ظاهر الرواية، وعن أبى حنيفة وأبى يوسف أنه يحل، بخلاف ما إذا كانت فيه حياة مثل حياة المذبوح، ولم يذكر فإنه يحل؛ لأنه ميت حكماً، ألا ترى لو وقع فى الماء وهو بهذه الحالة لم يحرم، كما إذا وقع وهو ميت، والميت ليس بمذبوح. (الكشف وحاشيته)

(٧) أخذ الطائى والعينى وإن لم يذكره، حتى مات بزيادة قوله: حتى مات، ولم يأخذها فى التكملة. (الزليعى)

(١) قوله: "حرم" أما إذا لم يذكّر فلائنه لما أدركه حياً صار ذكاته ذكاة الاختيار لما رويناه، وبيننا من المعنى، فبتركه يصير ميتاً، وأما إذا خنقه الكلب ولم يجرحه، فلما بينا عند قوله: لا بد من التعليم والتسمية والجرح.

وأما إذا شاركه كلب غير معلم، أو كلب مجوسى، أو كلب لم يذكر اسم الله عليه عمداً، فلما رويناه من حديث عدى؛ ولأنه اجتمع المبيع والمحرم، فغلب المحرم نصاً واحتياطاً. (الزليعى)

(٢) قوله: "فزجره" المراد بالزجر التقييح، أى هيجه فهاج بأن صاح عليه، فازداد فى العدو، وإنما يحل فى الأول، ويحرم فى الثانى لأن الزجر دون الإرسال لكونه بناءً عليه، فلا يتسوخ به الإرسال؛ لأن الشئ لا يرتفع إلا بمثله، أو بما هو فوقه، ولا يرتفع بما هو دونه، كنسخ الآى، فلا يرتفع إرسال المسلم بزجر المجوسى فى الوجه الثانى، فبقى كل واحد منهما على ما كان عليه، ولا يتغير بالزجر، وكل من لا تجوز ذكاته، كالمحرم والمرتد والوثنى وتارك تسمية عامداً فى هذا بمنزلة المجوسى، غير أن المحرم يجب عليه الجزاء بالزجر لما فيه من التعريض للصيد، ألا ترى أنه يجب عليه الجزاء بالدلالة، وهو دونه، فبالزجر أولى وهو فوقها، فلا يلزم من اعتبار الدلالة فى حق لزوم الجزاء اعتباره فى حق انتساخ الفعل. (الزليعى)

فأخذ الصيد استحياناً أى مصيداً
أحد، فزجره مسلم فانزجر حل، وإن رمى^(١) وسمى، وجرح
لما ذكرنا أن القدرة على الأصل تبطل الخلف حتى مات الصيد
أكل، وإن أدركه حياً ذكاه، وإن لم يذكه حرم، وإن وقع
أى تكلف فى المشى حاملاً للسهم الصيد عنه حاله الرامى
سهم بصيد فتحامل وغاب، وهو فى طلبه، فوجده ميتاً
حل^(٢)، وإن قعد عن طلبه، ثم أصابه ميتاً لا^(٣)، وإن رمى
حتى أصابه أى لا يحل

(٣) الكلب أى زاد طلبه بزجر الكلب .

(٤) قوله : " وإن " أى لو انبعث الكلب بنفسه على الصيد فزجره مسلم، وأخذه حل أكله استحياناً، والقياس أن هذا الإرسال ذكاة اضطرارية لهذا شرط فيه التسمية، ولم يوجد لعدم الزكاة حقيقةً وحكمًا، وجه الاستحسان أن الزجر عند عدم الإرسال بمنزلة الإرسال؛ لأن انزجاره عقيب زجر دليل على طاعته . (المجمع)

(١) قوله : " وإن " أى رمى إلى الصيد فأصابه يؤكل إذا جرح؛ لقوله عليه الصلاة والسلام لعدى بن حاتم : « إذا رميت سهمك فاذكر اسم الله عليه »، فإن وجدته قد قتل فكل إلا أن تجده قد وقع فى ماء، فإنك لا تدري الماء قتله أم سهمك، رواه البخارى ومسلم وأحمد .
وشرط الجرح لما روى عن إبراهيم عن عدى بن حاتم قال : قال رسول الله ﷺ : « إذا رميت فسميت فخرقت فكل وإن لم تحرق فلا تأكل ولا تأكل من المعراض إلا ما ذكيت ولا تأكل من البندقة إلا ما ذكيت »، رواه أحمد، ولا فرق فى ذلك بين أن يصيب المرمى نفسه أو غيره من الصيد، كما إرسال الكلب على ما بينا .

وفى إطلاق قوله فى " المختصر " : فإن رمى وسمى وجرح أكل، إشارة إليه حيث لم يعين المرمى ولا المصاب حتى يدخل تحته ما إذا سمع حساً فطنه صيداً فرماه، فأصاب صيداً آخر، ثم تبين أنه حس صيداً يحل أكله، سواء كان الصيد المسموع حسه مأكولاً أو غير مأكول بعد أن كان المصاب مالا؛ لأنه وقع اصطيداً من قصده ذلك . (الزيلعى)

(٢) قوله : " حل " لقوله عليه الصلاة والسلام لأبى ثعلبة : إذا رميت سهمك وغاب ثلاثة أيام فأدركته فكل ما لم ينتن، رواه مسلم، أطلقه وقيده فى المجمع بقوله : إن لم يكن به جراحة غير جراحة أسهم، وقال : وأما لو وجد به جراحة سوى جراحة سهم لا يحل؛ لأنه يظهر حيثئذ لموته سببان، أحدهما موجب لحله، والآخر موجب لحرمته، فيقلب الموجب للحرمه مع أن الموهوم فى مثل هذا، فالمتحقق بدليل قوله عليه الصلاة والسلام : « لعل هوام الأرض قتلتها »، خلافاً للشافعى . (عز)

(٣) قوله : " لا " لأن الاحتراز عن مثله ممكن، فلا ضرورة إليه، فيحرم، وهو القياس فى الأكل إلا أنا تركناه للضرورة فيما لا يمكن التحرز عنه، وبقي على الأصل فيما يمكن .
فى " التبيين " : وجعل قاضى خان فى فتاواه من شرط حل الصيد أن لا يتوارى من بصره، ثم قال :

أَوْ عَلَى شَجَرٍ أَوْ حِجَرٍ أَوْ حَائِطٍ أَوْ سَقْفٍ مِنَ السُّطْحِ أَوْ الْجَبَلِ
 صَيْدًا، فَوْقَ مَاءٍ، أَوْ عَلَى سَطْحٍ، أَوْ جَبَلٍ، ثُمَّ تَرْدَى^(١) مِنْهُ
 إِلَى الْأَرْضِ حَرَمٌ^(٢)، وَإِنْ وَقَعَ عَلَى الْأَرْضِ ابْتِدَاءً
 حَلٌّ^(٣)، وَمَا قَتَلَهُ الْمِعْرَاضُ بِعَرَضِهِ وَالبَنْدَقَةُ حَرَمٌ^(٤)، وَإِنْ رَمَى
 صَيْدًا فَقَطَعَ عَضْوًا مِنْهُ أَكَلَ^(٥) الصَّيْدَ لَا^(٦)

وهذا هو على أن الصيد يحرم بالتواري، وإن لم يقدر عن طلبه. (المجمع)

(١) قوله: "تردى" وهو مقيد بما إذا لم يكن الجرح مهلكاً في الحال، وأما إذا كان مهلكاً في الحال، ولم يبق فيه من الحياة إلا مثل حياة المذبوح، فوقع في الماء أو على السطح، أو على الجبل، ثم تردى لم يضر، بل يؤكل. (عز)

(٢) قوله: "حرم" أما في فصل الماء فلا احتمال الموت بالماء؛ لأنه مهلك، قال عليه الصلاة والسلام لعدي: «فإن وقعت رميتك في الماء فلا تأكل فإنك لا تدري أن الماء قتله أو سهمك»، أخرجه البخاري، وأما في فصل السهم والجبل فلأنه المتردية، وهو حرام بالنص. (الكشف وحاشيته)

(٣) قوله: "حل [أكله إذا لم يكن شيء من ذلك محدوداً]" لأنه لا يمكن التحرز عنه اعتباره كي لا ينسد بابة على ما بينا، بخلاف ما إذا أمكن التحرز عنه؛ لأن اعتباره لا يؤدي إلى سد بابة؛ لأن اعتباره لا يؤدي إلى الجرح، فأمكن ترجيح الحرام عند التعارض على ما هو الأصل في الشرع. ولو وقع على جبل، أو سطح، أو آجرة موضوع، فاستقره لم يتردد حل؛ لأن وقوعه على هذه الأشياء كوقوعه على الأرض ابتداء، ولأنه لا يمكن الاحتراز عنه، فسقط اعتباره، بخلاف ما إذا وقع على شجرة، أو حائط، أو آجرة، ثم وقع على الأرض، أو رماه، وهو على جبل، فتردى منه إلى الأرض، أو رماه، وهو على جبل، فتردى منه إلى الأرض، أو رماه، فوقع على رمح منصوب، أو قصبه قائمة، أو على حرف آجرة حيث يحرم لاحتمال أن أحد هذه الأشياء قتله بحده، أو بترديه، وهو يمكن الاحتراز عنه. (ز)

(٤) قوله: "حرم" أما في قتل المعراض بعرضه فلما روى أصحاب الكتب الستة عن عدي بن حاتم قال: قلت: يا رسول الله! إنني أرمي بالمعراض الصيدة فصيد قال: إذا أصاب بحده فكل، وإذا أصاب بعرضه فقتل فلا تأكل، فإنه وقيد، وأما في البندقة فلأنها تكسر ولا تجرح، فكانت كالمعراض؛ ولأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن الخذف، فقال: لا تصيدوا لكنها تكسر السن، وتفقأ العين، رواه أحمد والشيخان، والحكم مقيد بما إذا كانت البندقة ثقيلة ذات حدة، كما أشرنا إليه فيما بين السطور، أما لو كانت خفيفة ذات حدة لم يخرج ليتقن الموت بالجرح، والأصل هذا أن الموت إن حصل بالثقل أو شك فيه، لا يؤكل فيه حتماً أو احتياطاً. (عز)

(٥) لأن الرمي مع الجرح مبيح، ويقطع عضو يتحقق الجرح لا محالة.

العضو، وإن قطعه أثلاثاً، والأكثر مما يلي العجز أكل^(١) ^{حالية وهو النصف المؤخر}
 كلّه، وحرم صيد المجوسى والثنى والمرتد، وإن رمى ^{لأنهم ليسوا من أهل الزكاة، كما بيناه فى الذبائح}
 صيدا فلم يثخنه فرماه آخر، فقتله، فهو للثانى^(٢) وحلّ، وإن ^{يعنى لم يخرج من حيز الامتناع}
 أثخنه^(٣) فللأول وحرم^(٤)، وضمن^(٥) الثانى للأول قيمته غير ما ^{أى الصيد للأول أكله}
 أى قيمة الصيد

(٦) قوله: "لا أى لا يحل العضو؛ لأنه ميتة لما أخرجه أبو داود والترمذى، وقال: حديث حسن، عن أبى واقد الليثى عن النبى ﷺ أنه قال: «ما يقطع من البهيمة وهى حية فهو ميتة»، زاد الترمذى، قال: قدم النبى ﷺ المدينة وهم يحبون أسنمة الإبل، ويقطعون إليات الغنم، فقال ﷺ: «ما قطع من البهيمة وهى ميتة فهو ميتة».
 وفى "المستدرک": عن أبى سعيد الخدرى أن رسول الله ﷺ سئل من قطع إليات الغنم، وجب أسنمة الإبل، فقال: ما قطع من حى فهو ميت، وقال: حديث صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه. (شرح النقاية)

(١) قوله: "أكل" لأن المبان منه حى صورة وحكمًا، إذ لا سلامته وبقاء حياً بعد هذه الجرحه، فوقع ذكاة فى الحال حل فله كما إذا أبين ولسه فى الذكاة الاختيارية.
 وكذا إذا أقعد صفيين؛ لما ذكرنا، بخلاف ما إذا قطع يداً أو رجلاً أو فخذاً، أو ثلثه مما يلي القوائم، أو أقل من نصف الرأس، حيث يحرم المبان منه؛ لأنه يتوهم بقاء الحياة فى الباقي، وإن ضرب عنق شاة، فأبان رأسها محمل، فقطع الأوداج، ويكره لما فيه من زيادة الإثم بإبلاغه.
 وإن ضربهما من قبل القدمين ميتة قبل قطع الأوداج لا تجعل، وإن لم تمت حتى قطع الأوداج حلت، ولو ضرب صيداً فقطع يده، أو رجلاً لم ينفصل، ثم يأتى إن كان يتوهم التامة، والكمالة لى أكله؛ لأنه بمنزلة سائر أجزاءه، وإن كان لا يتوهم بأن بقى متعلقاً بجذده حل ما سواه دونه لوجود الإبانة والعبرة للمعاني. (الزيلعى)

(٢) قوله: "للثانى" لأنه هو الآخذ له، وقال عليه الصلاة والسلام الصيد لمن أخذه، وإنما حل لأنه لما يخرج بالأول من حيز الامتناع كان ذكاته ذكاة الاضطرار، وهو الجرح، أى موضع كان، وقد وجد. (الزيلعى)

(٣) الأول بأن أخرجه عن حيز الامتناع.

(٤) قوله: "وحرم" لأنه لما فقد الأول فقد خرج من حيز الامتناع، فصار قادراً على ذكاة الاختيار، فوجب عليه ذكاة على ما بينا، ولم يذكر، وصار الثانى قاتلاً له، فيحرم وهو لو ترك ذكاة مع القدرة عليه يحرم، فبالقتل أولى أن يحرم، بخلاف الوجه الأول.
 وهذا إذا كان بحال يسلم من الأول؛ لأن موته يضاف إلى الثانى، أما إذا كان الرمى الأول بحال لا

نقصت جراحته، وحل^(١) اصطياد ما يؤكل لحمه وما لا يؤكل.

يسلم منه الصلاة، بأن لا يبقى فيه من الحياة إلا بقدر ما يبقى في المذبوح، كما إذا أبان رأسه يحل؛ لأن موته يضاف إلى الرمي الثاني، فلا اعتبار بوجوده لكونه ميتاً حكماً، ولهذا لو وقع في الماء في هذه الحالة لا يحرم، كوقوعه بعد موته.

وإن كان الرمي الأول بحال لا يعيش منه الصيد، لكن حياته فوق حياة المذبوح، بأن كان يبقى يوماً أو دونه، فعند أبي يوسف رحمه الله لا يحرم بالرمية الثانية؛ لأن هذا القدر من الحياة لا يعتبر عنده، وعند محمد رحمه الله تعالى يحرم؛ لأن هذا القدر من الحياة مميز عنده، فصار حكمه كحكم ما إذا كان الأول يسلم منه فلا يحل. (الزيلعي)

(٥) قوله: "ضمن" لأنه أتلّف صيداً مملوكاً للأول؛ لأنه ملكه بالرمي المتخّن، وقيمة التلّف يعتبر يوم الإتلاف، فيلزمه، وقيمة ناقصاً بجراحة الأول، كما لو أتلّف عبداً مريضاً، أو شاةً مجروحة، فإنه يضمن قيمته ناقصاً بالمرض، أو الجرح. (شرح النقاية)

(١) قوله: "وحل" لإطلاق الآية؛ ولأن صيد ما لا يؤكل سبب الانتفاع بجلده، أو شعره، أو ريشه، أو لاستدفاع شره، وكل ذلك مشروع. (شرح النقاية)

لغة: حبس الشيء هي، حتى كان بأى سبب كان

كتاب الرهن

فلا يصح بحق القصاص أى من المرهون

هو حبس شيء بحق يمكن استيفاءه منه، كالدين^(٢)،

الصواب ويتم قبضه، كما فى "العيني" مقسوماً عن الراهن ومناعه

ولزم^(٣) بإيجاب وقبول، وقبضه^(٤) محوزاً^(٥) مفرغاً مميزاً،

والتخلية^(٦) فيه وفى البيع^(٧) قبض^(٨)، وله^(٩) أن يرجع عن الرهن

(١) قوله: "الرهن [مناسبة الرهن بالصيد من حيث إن كل واحد من الرهن، والاصطياد سبب مباح لتحصيل المال]" وبه مشروع بآية: ﴿قَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾، وبما روى: «أنه عليه الصلاة والسلام اشترى من يهودى طعاماً ورهنه بها درعه»، وعلى ذلك انعقد الإجماع؛ ولأنه وثيقة كالكفالة. (ك)

(٢) قوله: "كالدين" فإنه يمكن أخذه من المرهون بأن يباع، بخلاف العين؛ لأن الصورة مطلوبة فيها، ولا يمكن تحصيلها من شيء آخر. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "لزم" اعلم أنه قد وقع فى بعض نسخ "الكنز"، ولزم بالانتهاب... إلخ، والصحيح من المذهب أن الرهن لا يلزم بإيجاب وقبول، فلذا قال المحققون - كالزيلي وصاحب "التكملة" -: إن هذا سهو، والحق الصريح، كما وقع فى بعض النسخ ينعقد مكان قوله: لزم - فتأمل -. (عز)

(٤) قوله: "وقبضه" وقال مالك: يلزم الرهن بنفس العقد كالبيع، ولنا أنه تعالى وصف الرهن بأنها مقبوض، والنكرة إذا وصف عمت، فتقتضى الآية أن كل من مشروع هو بهذه الصفة؛ ولأن المصدر إذا ذكر بحرف الفاء فى موضع الجزاء، يراد به الأمر، كقوله تعالى: ﴿فَضْرَبَ الرَّقَابَ﴾ فكان هذا الأمر بهذه الصفة، فينتفى جوازه بدونها. (شرح النقاية)

(٥) قوله: "محوزاً [أى مجموعاً]" احتراز به عن رهن مشاع، فإنه لا يجوز عندنا، خلافاً لمالك والشافعى، واحتراز بقوله: مفرغاً عن المشغول بالراهن، ومتاعه فلو رهن داراً وسلمها وجواد متاعه فيها، لا يتم عقد الرهن حتى يسلمها ثانياً بعد خروجه، أو متاعه عنها.

وقوله: مميز أى غير متصل بغير اتصال خلقة، واحتراز به عن رهن الثمر على الشجر دون الشجر؛ لأن المرهون إذا اتصل بغير المرهون اتصال خلقة صار كالمشاع. (شرح النقاية مع تصرف)

(٦) أى تخلية الراهن بين المرهون والمرتهن فى الراهن بدفع الموانع عن القبض.

أى المرتين أى الرهن أى قيمة الرهن
ما لم يقبضه، وهو مضمون^(١) بأقل من قيمته ومن الدين،
فلو^(٢) هلك قيمته مثل دينه صار مستوفياً دينه، وإن كانت
 تفرع على ما قبله الراهن أى قيمة الرهن أى دين المرتين مرتين حكماً

(٧) أى التخلية البائع بين المبيع والمشتري .

(٨) قوله : "قبض" لأن هذا هو غاية ما يقدر ، وعن أبى يوسف : أنه لا يصح فى المنقول لا بالنقل ، وبه قال أحمد .

قال الشارح : والصواب أن التخلية تسليم ؛ لأنه عبارته عن دفع الموانع من القبض ، وهو فعل المسلم ، دون المتسلم ، والقبض فعل المتسلم ، قلت : إذا كانت التخلية تسليمًا فمن ضرورته الحكم بالقبض ، سواء وجد القبض حقيقة أولاً ، فالشيخ رحمه الله ذكر الغاية التى يبنى عليها الحكم ؛ لأنه هو المقصود . (العنى)

(٩) قوله : "وله" أى للراهن أن يرجع عن الرهن ما لم يقبضه المرتين ؛ لما ذكرنا أنه تبرع ، ولا لزم على المتبرع ما لم يسلم ، كالهبة والصدقة ، وفيه خلاف مالك . (ز)

(١) قوله : "مضمون" وقال الشافعى رحمه الله : الرهن كله أمانة فى يد المرتين ، لا يسقط من الدين شئ بهلاكه ؛ لقوله ﷺ : « لا يغل الرهن من صاحبه الذى رهنه له غنمه وعليه غرمه » ، رواه الدارقطنى .

قال : معناه : لا يصير مضموناً بالدين ، ومعنى قوله : له غنمه ، أى للراهن الزوائد ، وعليه غرمه : أى لو هلك كان الهلاك على الراهن .

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام للمرتين بعد ما نفق فرس عنده : «ذهب حقك» ، رواه أبو داود مرسلًا ، وقال عبد الحق : هو مرسل ضعيف ، وضعفه أيضاً ابن القطان ، وقوله عليه الصلاة والسلام : «إذا عمر الرهن فهو بما فيه» ، رواه أبو داود فى "مراسيله" ، وقال ابن القطان : مرسل صحيح ، معناه على ما قالوا : إذا اشتبهت بك قال : كل من الراهن والمرتين لا أدرى كم كانت قيمته قيمة الرهن بعد ما هلك .

وإجماع الصحابة والتابعين على أن الرهن مضمون ، وأما قوله عليه الصلاة والسلام : «لا يغلوه الرهن . . . إلخ» ، فمعناه على ما قالوا : الاحتباس الكلى بأن يصير مملوكًا له ، كذا ذكره الكرخى عن السلف كطاوس وإبراهيم وغيرهما . (الزيلعى والكشف وحاشيته)

(٢) قوله : "فلو" بيانه إذا رهن ثوباً قيمته عشرة عشرة ، فهلك عند المرتين يسقط ، وإن كان قيمة الثوب خمسة ، يرجع المرتين على الراهن بخمسة أخرى ، وإن كانت قيمته خمسة عشرة ، الفضل أمانة عندنا .

وفى "العناية" : بيع الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين ، وفائدة هذا تظهر فى مسائل : منها : إذا رهن عبد بألف درهم وقيمه ألفان ، فألف فرده رجل من مسيرة ثلاثة أيام ، فإن جعل على الراهن ، وعلى المرتين نصفان ؛ لأن العبد نصفه مضمون بالدين ، ونصفه أمانة ،

أكثر من دينه، فالفضل أمانة، وبقدر الدين صار مستوفياً، وإن
 من الدين المرتهن أى بقدر الرهن على الرهن
 كانت أقل صار مستوفيه بقدره، ورجع المرتهن بالفضل^(١)،
 أى للمرتهن^(٢) أن يطالب^(٣) الراهن بدينه، ويحبسه به، ويؤمر^(٤) المرتهن
 إذا أحضر المرتهن الرهن
 بإحضار رهنه، والراهن بأداء دينه أولاً.

وإن^(٥) كان الرهن فى يد المرتهن لا يمكنه من البيع حتى
 أى لا يجب على المرتهن أن يمكن الراهن
 فيكون الجعل بينهما بالخصص.

ومنها: مدواه الأمراض والجروح؛ لأنه ينقسم ذلك على المضمون وعلى الأمانة
 بالخصص، وما أصاب المضمون على المرتهن، وما أصاب الأمانة فعلى الراهن. (التكملة)
 (١) أى بالدين الذى فضل عن الرهن الهالك.

(٢) قوله: "وله" أى للمرتهن أن يطالب الراهن بدينه ويحبسه به، وإن كان الرهن فى
 يده؛ لأن حقه باق بعد الرهن، والرهن لزيادة الصيانة، فلا تمتنع به المطالبة، وكذا لا تمتنع به
 الحبس؛ لأنه جزاء الظلم، وهو المماطلة على ما بيناه فى القضاء مفصلاً. (الزيلعى)
 (٣) إذا كان الدين حالاً، وإلا فيطالبه عن طول الأجل.

(٤) قوله: "ويؤمر" أى إذا طلب المرتهن دينه يؤمر بإحضار الرهن أولاً، ليعلم أنه باق؛
 ولأن قبض الرهن قبض استيفاء، فلا يجوز أن يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء؛ لأنه يؤدى إلى
 تكرار الاستيفاء على اعتبار الهلاك فى يد المرتهن، وهو محتمل، وإذا أحضر المرتهن الرهن، أمر
 الراهن بتسليم الدين أولاً، وهو المراد بقوله: والراهن بأداء دينه أولاً ليتعين حق المرتهن فى الدين،
 كما تعين حق الراهن فى الرهن، تحقيقاً للتسوية بينهما، كما فى تسليم المبيع والتمن يحضر البائع
 المبيع، ثم يسلم المشتري الثمن أولاً؛ لما ذكرنا.

وإن طالبه بالدين فى غير البلد الذى وقع فيه العقد، فإن كان الرهن مما لا حمل ولا مؤنة،
 فكذلك الجواب؛ لأن الأماكن كلها كبقعة واحدة فى حق التسليم، ولهذا لا يشترط فيه بيان مكان
 الإيفاء فيه فى باب السلم بالإجماع، وإن كان له حمل ومؤنة، يستوفى دينه، ولا يكلف إحضار
 الرهن؛ لأنه نقل، والواجب عليه التسليم بالتخلى دون النقل؛ لأنه يتضرر به زيادة ضرر، ولم
 يلزمه فى العقد. (الزيلعى)

(٥) قوله: "وإن" أى لو أراد الراهن أن يبيع الرهن لكى يقضى بثمنه الدين، لا يجب
 على المرتهن أن يمكنه من البيع؛ لأن حكم الرهن الحبس الدائم إلى أن يقضى الدين لا القضاء من
 ثمنه على ما بينا من قبل، فلو قضاء البعض، فله أن يحبس كل الرهن، حتى يستوفى الفئة، كما فى

أى الرهن والمرتهن الراهن المرتهن الرهن
 يقضيه الدين، فإذا^(١) قضى سلم الرهن، ولا ينتفع^(٢) المرتهن^١
 فى العبد فى الدار إلا بإذن المالك أى المرتهن والمرتهن
 بالرهن استخداماً وسكنى ولبساً وإجارة وإعارة، ويحفظه^(٣)
 بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذى فى عياله، وضمن^(٤) المرتهن
 أى يحفظ الرهن بغير المذكورين منصوب لأنه مفعول لقوله: ضمن مبتدأ أى حفظ الرهن
 بحفظه بغيرهم، وبإيداعه وتعليقه قيمته، وأجرة بيت حفظه
 خبر أى تحفى ظلالها المشهورة أى راعى الرهن بأن كان حيواناً المشهور
 وحافظه على المرتهن، وأجرة راعيه ونفقة الرهن والخراج^(٥)

حبس المبيع . (الزيلي)

(١) قوله: "فإذا" أى إذا قضى الراهن جميع الدين، سلم المرتهن الرهن لزوال المانع من التسليم بوصول حق المرتهن إليه، فلو هلك الرهن بعد قضاء الدين قبل تسليمه إلى الرهن، استرد الراهن قضاءه من الدين؛ لأنه تبين بالهلاك أنه صار مستوفياً، فيجب رده، وهذا لأنه بإبعاد الدين لا يفسخ الرهن، حتى يرده إلى صاحبه، فيكون مضموناً على حاله بعد قضاء الدين ما لم يسلم، أى الراهن، أو يرثه المرتهن عن الدين. (الزيلي)

(٢) قوله: "ولا ينتفع" أى لا يجوز للمرتهن هذه التصرفات فى الرهن، وإن فعلها كان متعدياً، ولا يبطل الرهن بالتعدي، أما غير الإعارة فلا للمرتهن حق الحبس دينه لا الانتفاع به، وأما الإعارة فلا لأنه لا يملك الانتفاع بنفسه، فلا يملك تسليط الغير عليه إلا بالإذن. (عز)

(٣) قوله: "يحفظ" لأنه عينه أمانة فى يده، فصار كالوديعة.

(٤) قوله: "ضمن" لما بينا أن عليه وديعة، والوديعة تضمن بالهلاك بهذه الأشياء؛ لكونه متعدياً بها، فيضمن جميع قيمته، كالمغصوب، هل يضمن المودع الثانى، فهو على الخلاف الذى بينا فى المودع فى كتاب الوديعة.

ثم إن قضى القاضى بالقيمة من جنس الدين يقتضيان قصاصاً بمجرد القضاء إذا كان الدين حالاً، فلا يطالب كل واحد منهما بصاحبه إلا بالفضل، وإن كان مؤجلاً يضمن المرتهن قيمته، وتكون رهناً عنده؛ لأنه بدل الرهن، فيكون له حكم أصله، فإذا حل الأجل أخذ بدينه، وإن قضى بالقيمة من خلاف جنس الدين، كان الضمان رهناً عنده إلى أن يقضيه دينه؛ لأنه بدل الرهن، فأخذ حكمه. (عز والزيلي)

(٥) بالرفع عطف على المضاف أى خراج الأرض يجب على... إلخ.

فقط
على الراهن^(١).

أى أخذ رهناً أى أخذ الرهن بذلك الشيء منها

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

لا يصح رهن المشاع^(٢) والثمرة^(٣) على النخل دونها،

(١) قوله: "على الراهن" لأنه من مؤن الملك أما كون الأجرة والمنفعة من مؤن الملك، فلائهما لتبعية العين، وأما الخروج فلائهما طعمة القاتلة، وهم الحافظون للإملاك على الملاك بدفع الأعداء، والأصل إنما يحتاج إليه لتبعية الرهن، فهو على الرهن؛ لأن القبض باق على ملكه، فعليه إصلاحها؛ لأنه مؤنة ملكه، كما في الوديعة، وكل ما كان لحفظه، أو لردده إلى يد المرتهن كجعل الأبق، فإنه على المرتهن ليرده على الراهن، فيستوفى دينه، أو لرد الجزء منه، كمدواة المرض، فإنه على المرتهن؛ لأن رد كل الرهن واجب عليه، فكذا جزءه، فهو على المرتهن؛ لأن الإمساك حقه، والحفظ واجب عليه، فيكون بدله عليه، وذلك كأجرة الحفظ والبيت. (ك وحاشيته)

(٢) قوله: "رهن المشاع" وقال الشافعى رحمه الله: يجوز؛ لأن موجهه عنده استحقاق بيعه تعيينه له، والمشاع يقبل ذلك؛ ولئن كان استيفاء، فالاستيفاء الحقيقى لا يتمتع بالشيوع، فكذا الحكمى.

ولنا أن موجه ثبوت يد الاستيفاء، واستحقاق الحبس الدائم لتحصيل مقصوده، وهو الاستيثاق من الوجه الذى بينا، وذلك لا يحصل إلا بثبوت اليد عليه، ولهذا شرط فى النص أن يكون مقبوضاً، بخلاف حقيقة الاستيفاء؛ لأن موجبها ملك العين المستوفاة فقط؛ لأن الحبس والملك يتصور فى المشاع، ولا يتصور الحبس الدائم فيه؛ لأنه يبطل بالمهاياة، فتصير كأنه رهنه يوماً، ويوماً لا، ولهذا لا يستوى فيه ما يحتمل القسمة، وما لا يحتملها، بخلاف الهبة حيث تجوز فيما لا يحتمل القسمة؛ لأن موجبها الملك، وذلك لا يتمتع بالشيوع، وإنما يمنعها لزوم غرامة القسمة، وذلك فيما يقسم لا غير، ولا يجوز من شريكه أيضاً؛ لأن ثبوت اليد فى المشاع لا يتصور، ولأنه لو جاز لأمسكه يوماً بحكم الرهن، ويوماً بحكم الملك، فيصير كأنه رهنه يوماً ويوماً، بخلاف الإجارة حيث تجوز فى المشاع من شريكه؛ لأن حكمها التمكن من الانتفاع، لا الحبس، والشريك متمكن من ذلك، فيجوز بخلاف غير الشريك، والشيوع الطارئ يمنع بقاء الرهن فى رواية الأصل. (الزيلعى)

(٣) قوله: "والثمرة" وجه عدم صحته رهن هذه الثلاثة أن المهرن متصل بما ليس بمهرن خلقه، فكان فى معنى المشاع، وكذا عكسه الثلاثة؛ لأن الاتصال يقوم بالطرفين، وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه يصح فى النخل. (الكشف مع زيادة)

وزرع الأرض دونها، ونخل في أرض دونها، والحر^(١) والمدير
 أى ويصح أيضاً أى ولا يصح الرهن بالأمانة أى ولا يصح الرهن بالمبيع^(٢) وبالمبيع^(٣)، وبالمبيع^(٤)،
 وإنما^(٥) يصح بدين ولو موعوداً، وبرأس^(٦) مال^(٧) السلم،

(١) قوله: "والحر" وجه عدم صحة رهن هؤلاء الأربعة أن حكم الرهن ثبتت يد الاستيفاء، ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية في الحر، ولقيام المانع في الباقين. (الكشف مع زيادة)

(٢) قوله: "ولا" أى لا يصح الرهن بالأمانات، كالودائع والعواري ومال المضاربة؛ لأنها ليست بمضمونة، وحاصله أن الرهن لا بد فيه من الضمان ليقع مضموناً، ويتحقق استيفاء الدين منه، ولا ضمان في الأمانات. (شرح النقاية والمجمع)

(٣) قوله: "وبالدرك" أى ولا يجوز الرهن بالدرك، صورته: باع وسلمه إلى المشتري، فخاف المشتري من الاستحقاق، فأخذ الثمن رهناً، فهذا الرهن باطل، والكفالة به جائزة، والفرق أنه شرع للاستيفاء، ولا استيفاء إلا في الواجب، فلا يحتمل الإضافة والتعليق، وأما الكفالة فهي التزام بغير عوض، وذلك يحتملها، كالصوم والصلاة (م)

(٤) قوله: "وبالمبيع" صورته: إذا باع أحد شيئاً، ولم يقبضه المشتري، وخاف على المبيع، فأخذ من البائع رهناً، لا يصح؛ لأنه ليس بمضمون بمثل ولا بقيمة، لكن يسقط بهلاكه الثمن الذي هو حق البائع، ويسمى هذا مضموناً لغيره. (شرح النقاية مع زيادة)

(٥) قوله: "وإنما" أى لا يصح الرهن إلا بالدين، ولو كان الدين موعوداً؛ لأن الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة، بل جعل موجوداً اقتضاءً؛ لأن الرهن استيفاء، والاستيفاء لا يسبق الوجوب، بل يتلو، ولا بد من سبق الوجوب ليكون الاستيفاء مبنياً عليه.

ولأنه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده، فيعطى له حكمه، صورته أن يقول: رهنتك هذا لتقرضني ألف درهم، فقبض الرهن، وهلك في يده قبل أن يقرضه ألفاً، فإنه يهلك مضموناً على المرتين، حتى يجب عليه تسليم الألف إلى الراهن بعد هلاكه؛ لأن الموعود جعل هنا كالموجود باعتبار الحاجة، فكان حاصلة بعد القرض حكماً أقل الظاهر، أن الخلف لا يجرى في الوعد، فكان مقضياً إلى الوجود حكماً، بخلاف الرهن بالدرك، وهو أن يأخذ المشتري من البائع رهناً بالثمن خوفاً من استحقاق المبيع، فإنه باطل، إذ الظاهر أن البائع يبيع مال نفسه. (الطحطاوى وشرح النقاية بتصرف)

(٦) قوله: "وبرأس" أى يجوز الرهن بهذه الأشياء، وقال زفر رحمه الله: لا يجوز؛ لأن حكمه الاستيفاء، وذلك بالاستبدال لاختلاف الجنس، والاستبدال حرام في بدل الصرف والسلم، وهو قول الأئمة الثلاثة، ورد بأن الاستبدال أخذ صورة ومعنى، وللإستيفاء في الرهن

قبل الافتراق

قبل الافتراق وبعده

وثنمن الصرف، والمسلم فيه، فإن هلك^(١) صار مستوفياً^(٢)،

أى ويجوز للأب

نصبه على أنه مفعول "يرهن" أى لولده الصغير

وللأب^(٣) أن يرهن بدين عليه عبداً لطفله، وصح^(٤) رهن

أى الذهب والفضة

هذه الأشياء فهلك لأنه صار مستوفياً باعتبار الوزن

الحجرين والمكيل والموزون، فإن رهنهت بجنسها هلك بمثلها

من الدين، ولا^(٥) عبرة بالجودة^(٦).

أخذ معنى، فإن العين أمانة، والمضمون هو المالية. (المجمع والزيلعى بتصرف)

(٧) إنما أفرد هذه المذكورات بالذكر مع دخولها فى قوله: ويصح بدين؛ ليترتب عليه

قوله: فإن هلك... إلخ. (الطحاوى)

(١) الرهن فى مجلس العقد، ثم الصرف والسلم وصار... إلخ، إشارة إلى ما يظهر فيه

فائدة جواز الرهن بالأشياء المذكورة.

(٢) لتحقيق القبض حكماً كما هو الحكم فى باب الرهن عند الهلاك. (الكشف وحاشيته)

(٣) قوله: "للأب" لأنه يملك إيداعه، وهذا أنظر منه فى حق الصبى؛ لأن قيام المرتهن

يحفظه أطبع لمحافظة الغرامة، ولو هلك يهلك مضموناً، والوديعة أمانة، والوصى فى هذا كالأب.

وعن أبى يوسف وزفر رحمهما الله أنهما لا يملكان ذلك، وهو القياس؛ لأن الرهن إيفاء

حكماً، فلا يملكه كالإيفاء حقيقة، وجه الاستحسان وهو الظاهر لأن فى حقيقة الإيفاء إزالة

للملك الصغير من غير عوض يقابله فى الحال مع بقاء ملكه فيه فافتراقاً، وإذا جاز الرهن يصير

المرتهن مستوفياً دينه عند هلاكه حكماً، ويصير الأب والوصى موقياً له به، ويضمنان ذلك القدر

للصغير. (الزيلعى)

(٤) لإمكان الاستيفاء منه، فكان محلاً للرهن.

(٥) قوله: "ولا" وقالوا: يضمن القيمة - أى تؤخذ القيمة من المرتهن - من خلاف

جنسه، ويكون رهناً مكانه، إذ لا وجه للاستيفاء بالوزن لضرر المرتهن لفوات حقه فى الجودة، ولا

إلى اعتبار القيمة لأدائه إلى الربا، فصرنا إلى التضمنين، بخلاف الجنس، فيتقضى القبض فى

الهلاك، وإلا فى القبض قد انتقض بهلاك الرهن، ويجعل مكان الرهن ثم يملكه، وأن لا عبرة

بالجودة عن المقابلة بالجنس، فى الربويات، واستيفاء الجيد بالردىء جائز كما فى الصرف والسلم،

وقد حصل الاستيفاء بالإجماع، ولا يمكن نقضه بإيجاب الضمان.

حاصله التزام ضرر المرتهن لتعذر دفعه، وما عيناه فى قصور دفعه بقولهما: فصرنا... إلخ

منعه المصنف بقوله: ولا يمكن... إلخ؛ لأنه لا بد له من مطالب، ومطالب ولا مطالب - بالكسر -

لأن الراهن قد أدى دينه بالردىء، فأى فائدة له فى المطالبة، والمرتهن مطالب فلا يكون مطالباً -

بالكسر - للتدافع، وكذا الإنسان لا يضمن ملك نفسه، ويتعذر الضمان بتعذر النقص. (الكشف

ومن باع عبداً على أن يرهن المشتري بالثمن شيئاً بعينه^(١)،
 فامتنع^{المشتري} لم يجبر^{عليه}^(٢)، وللبيع فسخ البيع إلا أن يدفع المشتري^{المشتري}
 الثمن حالا، أو قيمته الرهن رهناً، وإن قال للبائع: أمسك هذا
 الثوب حتى أعطيك الثمن، فهو^(٣) رهن، ولو^(٤) رهن
 وحاشيته

(٦) قوله: "بالجودة" قال ملا مسكين: إذا ارتهن الراهن فضة وزنها عشرة عشرة،
 وهلك، فإن كانت قيمته مثل وزن عشرة سقط الدين بالاتفاق، وإن كانت قيمته أقل من وزنه
 فذلك عند الإمام، وعندهما يضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه. (الطحطاوى)
 (١) فلو لم يكن معيناً كان العقد فاسداً قياساً واستحساناً.

(٢) قوله: "لم يجبر" والقياس عدم جواز هذا العقد لما فيه من صفقة فى صفقة، وهو
 منهي عنه؛ ولأنه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحدهما، وجه الاستحسان أنه شرط ملائم؛
 لأن الرهن للاشتياق، والاشتياق يلازم الوجوب ثم عدم الإيجاب؛ لأن الرهن عقد التبرع من جانب
 الراهن، ولا جبر على التبرعات، ولكن للبائع فسخ البيع؛ لأنه وصف مرغوب فيه، وما رضى إلا
 به، فيتخير إلا بفواته إلا أن يدفع المشتري الثمن حالا لحصول المقصود أو قيمة الرهن رهناً لثبوت يد
 الاستيفاء على المعنى وهو القيمة. (الكشف)

(٣) قوله: "فهو" خلافاً لزرر رحمه الله، لنا أنه أتى بما ينبى عن معنى الرهن، وهو
 الحبس إلى وقت الإعطاء، والعبرة فى العقود للمعاني، فالكفالة بشرط براءة الأصل حوالة،
 والحوالة فى ضد ذلك كفالة، وعن أبى يوسف أنه لا يكون رهناً؛ لأن قول أمسك يحتمل الرهن،
 ويحتمل الإيداع، والثانى أقلهما - لعدم الضمان - فيقضى بثبوتيه، بخلاف ما إذا قال: أمسكه
 بدينك أو بمالك؛ لأنه قابل بالدين، فقد عين جهة الرهن.

قلنا: لما مده إلى الإعطاء علم أن مراده الرهن (وهذا لأن التصريح بموجب العقد
 كالصريح بفظ العقد؛ لأن قولك ملكتك هذا بعشرة وقولك بعتك بعشر سواء بموجب الرهن هو
 الحبس إلى وقت الفكك، فإذا صرح بالإمسك إلى الإعطاء، فقد صرح بموجب الرهن.
 (الكشف)

(٤) قوله: "ولو" أى إذا رهن عبيدين بألف، وقيمتها متساوية، فقضى خمس مائة
 مثلاً، وأراد أن يسترد أحدهما لا يجبر المرتهن عليه لحبس الكل بكل الدين، فيكون الجميع محبوساً
 بكل جزء من أجزاء الدين تحصيلاً للمقصود، وهو المبالغة، والحمل على الإيفاء، وصار كما إذا
 باع أحد عبيدين بألف درهم، والقيمة متساوية، فأدى المشتري خمس مائة، وأراد أن يأخذ أحد
 العبيدين، لا يجبر البائع. (عز)

وهي ما يخصه إذا قسم الدين على قيمته

الرهن حتى يؤدي باقي الدين

عبدین بألف، لا يأخذ أحدهما بقضاء حصته

كالمبيع^(١)، ولو رهن عيناً عند رجلين صح^(٢)، والمضمون علىكل حصّة^(٣) دينه، فإن قضى دين أحدهما، فالكل رهن^(٤) عند

أى كل واحد من الرجلين

الآخر، وبطل^(٥) بينة كل منهما على رجل أنه رهنه عبده

(١) أى كما إذا باع شيئاً، والمبيع فى يد البائع، فنقد المشتري بعض الثمن، وأراد أن يأخذ بعض المبيع، لا يملك ذلك. (الطائى)

(٢) قوله: "صح" أى ولو رهن رجل عيناً عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه، سواء كانا شريكين فى الدين أو لم يكونا شريكين فى كل العين، رهن بكل واحد منهما، أى من الرجلين؛ لأن الرهن أضيف إلى جميع العين فى صفقة واحدة، ولا شيوع فى الرهن، وموجبه صيرورته محتسباً بالدين، وهذا الحبس مما لا يقبل الوصف بالتجزى، فصار محبوساً لكل واحد منهما، بخلاف الهبة من رجلين، حتى لا يجوز عند الإمام؛ لأن العين تنقسم عليهما، فيثبت الشيوع ضرورة. (المجمع)

(٣) قوله: "حصّة" لأن كل واحد منهما يصير مستوفياً بالهلاك، وليس أحدهما بأولى من الآخر، فينقسم عليهما؛ لأن الاستيفاء مما يقبل التحرى. (التكملة)

(٤) قوله: "رهن" لأن كل محبوس بكل جزء من أجزاء الدين، فلا يكون له استرداد شيء منه ما دام شيء من الدين باقياً، كما إذا كان المرتهن واحداً، أو كان المبيع إذا أدى أحد المشترين حصّة، أو مشتر واحد، أدى حصّة بعض المبيع، وإذا رهن رجلان بدين عليهما رجلاً رهنًا واحداً، فهو جائز، والرهن رهن بكل الدين، وللمرتهن أن يمسه حتى يستوفى جميع الدين؛ لأن قبض الرهن يحصل فى الكل من غير شيوع، فصار هو نظير البائع وهما نظير المشترين. (الزيلعى)

(٥) قوله: "وبطل" معناه أن رجلاً فى يده عبد، فأقام رجلان بينة أنه رهنه العبد الذى فى يده، فهو باطل؛ لأن كل واحد منهما أثبت بينته أنه رهنه كل العبد، فلا يتصور ذلك؛ لأن العبد الواحد يستحيل أن يكون كله رهنًا، لهذا فى حالة واحدة، فيمتنع القضاء به لأحدهما لعدم الأولوية، ولا وجه إلى القضاء بالنصف؛ لأنه يؤدي إلى الشيوع، فتعذر العمل بالبيتين، فتهارتا. ولا يمكن أن يقدر كأنهما ارتهانهما معا استحساناً، لجهالة التاريخ؛ لأن ذلك يؤدي إلى العمل، بخلاف ما إذا اقتضته الحجة؛ لأن كلا منهما أثبت بينته حبساً يكون وسيلة إلى تملك كل العبد بالاستيفاء، وبالقضاء يثبت حبس يكون وسيلة إلى تملك شطره بالاستيفاء، فلا يكون عملاً على وفق الحجة، فكان العمل بالقياس أولى لقوة أثره المستتر، وهو أن كل واحد منهما يثبت الحق

وقبضه، ولو مات راهنه والعبد في أيديهما فبرهن كل على ما
 أي العبد أي راهن العهد مثلا أي في أيدي المرتتهين واحد منهما
 وصفنا، كان^(١) في يد كل واحد نصفه رهناً بحقه.

باب^(٢) الرهن يوضع على يد عدل

وضع الرهن على يد عدل صح^(٣)، ولا يأخذه^(٤) أحدهما
 أي الراهن والمرتتهن وضعهما أي الرهن أي الراهن أو المرتتهن

بيّنة على حدة، ولم يرض بمزاحمة الآخر، بخلاف ما إذا ارتبنا جملة؛ لأن العقد فيه من جانب
 الراهن واحد هنا يثبت كل واحد منهما عقداً آخر، والرهن بعقدين مختلفين لا يجوز، فإذا وقع
 باطلاً إذا هلك يهلك أمانة؛ لأن الباطل لا حكم له.

هذا إذا لم يؤرخا، فإذا أرخا كان صاحب التاريخ الأقدم أولى؛ لأنه يثبت في وقت لا
 ينازعه فيه أحد، وكذا إذا كان الرهن في يد أحدهما، كان صاحب اليد أولى؛ لأن تمكنه من القبض
 دليل على سبقه، كدعوى نكاح المرأة، أو شراء عبد من واحد. (الزيلعي بحذف)

(١) قوله: "كان" وهذا استحسان وهو قول أبي حنيفة ومحمد، وفي القياس هذا باطل،
 وهو قول أبي يوسف؛ لأن المقصود من الرهن الحبس للاستيفاء، وهو الحكم الأصلي لعقد الرهن،
 فيكون الحكم به حكماً بعقد الرهن، إذ لا يثبت الحكم بدون علته، وأنه باطل للشيوع، كما في
 حالة الحياة.

وجه الاستحسان أن العقد لا يراد لذاته، وإنما يراد لحكمه وحكمه في حالة الحياة الحبس،
 والشائع لا يقبله، وبعد الموت الاستيفاء بالبيع من ثمنه، والشائع يقبله، فصار كما إذا ادعى رجلان
 نكاح امرأة أو ادعت أختان أو خمس نسوة النكاح على رجل، فإن البينتين تهاوتتا في حالة الحياة،
 وقبلناها بعد الممات؛ لأن حكمها في حالة الحياة ثبوت ملك النكاح، وهو لا يقبل الانقسام، ولا
 الشركة، وبعد الممات ثبوت ملك المال بالإرث، وهو يقبل الشركة والانقسام.
 وقوله: والعبد في أيديهما وقع اتفاقاً حتى لو لم يكن العبد في أيديهما، وأثبت كل واحد
 فيه الرهن، والقبض كان الحكم كذلك، ولهذا لم تذكر إليه في المسألة الأولى. (الزيلعي)

(٢) قوله: "باب" لما انتهى القول في الأحكام الراجعة إلى نفس الراهن والمرتتهن ذكر ما
 يرجع إلى نائبهما، وهو العدل؛ لأن حكم النائب يقضو حكم الأصل، والمراد بالعدل هنا من
 رضى الراهن والمرتتهن بوضع الرهن في يده، ورضاء بيعه الرهن عند حلول الأجل، وهو وكيل
 الراهن ببيعته، كن يخالف المفرد في مسائل. (الطحطاوى)

(٣) قوله: "صح" وقال مالك: لا يصح؛ لأن يده المالك، فأنعدم القبض، ولنا أن
 يده على الصورة يد المالك في الحفظ إذ العين أمانة، ويد المرتتهن في المالية؛ ولأن يده يد ضمان،
 والمضمون وهو المالية، فتنزل منزلة الشخصين تحقيقاً لما قصدها من الرهن. (الكشف)

أى من يد العدل ^{الراهن} منه، ويهلك ^(١) فى ضمان المرتهن، فإن وكل المرتهن أو العدل
 أو غيرهما ببيعه عند حلول الدين صح ^{أى التوكيل}، فإن ^(٣) شرطت فى ^{الوكالة}
 عقد الرهن لم ينعزل بعزله، وبموت الراهن والمرتهن،
 وللوكيل ^(٤) بيعه بغيبة ورثته، وتبطل ^(٥) بموت الوكيل، ولا
 يبيعه ^(٦) المرتهن أو الراهن إلا برضاء الآخر، فإن ^(٧) حلّ الأجل، ^{الرهن}

(٤) قوله: "ولا يأخذ" لتعلق حق الراهن فى الحفظ بيده، وتعلق حق المرتهن به استيفاء،
 ولا يملك أحدهما لإبطال حق الآخر. (شرح النقاية)

(١) قوله: "ويهلك" يعنى إذا هلك الرهن الذى وضعه فى يد عدل يهلك فى ضمان
 المرتهن، وهى المضمونة (عز)

(٢) قوله: "صح" لأن الراهن مالك، فلأن يوكل من شاء من الأهل ببيع ماله معلقاً أو
 منجزاً؛ لأن الوكالة يجوز تعليقها بالشرط لكونها من الإسقاطات؛ لأن المانع من التصرف حق
 المالك، وبالتسليط على بيعه أسقط حقه، والإسقاطات يجوز تعليقها بالشروط، ولو أمر ببيعه
 صغيراً لا يعقل، فباعه بعد ما بلغ لا يصح عند أبى حنيفة.
 وقالوا: يصح لقدرته عليه وقت الامتثال، وهو يقول: إن أمره وقع باطلا لعدم القدرة وقت
 الأمر، فلا يتقلب جائزاً. (الزيلعى)

(٣) قوله: "فإن" أى فإن شرط الوكالة فى عقد الرهن، فليس الراهن أن يعزل الوكيل،
 وإن عزله لم ينعزل بالعزل، سواء كان العدل أو المرتهن أو غيرها؛ لأنه لما شرط فى ضمان العقد
 صار وصفاً من أوصافه، فيلزم كأصله؛ لأن حكم التبعية لا يفارق الأصل، ولم ينعزل بموت أحد
 راهناً كان أو مرتتهناً؛ لأن التوكيل متى صار لازماً تبعاً للرهن، يبقى ببقاءه، ولا يبطل الأصل
 بموتها، فيبقى التبعية فى ضمنه إلا بموت الوكيل، والرهن على حاله، فإن الوكيل الواقع فى عقد
 الرهن ببيع الموهون يبطل، ولا يقوم وارث الوكيل، ولا وصيه مقامه؛ لأن الموكل رضى برأى
 الوكيل، لا برأى غيره. (شرح النقاية)

(٤) قوله: "وللوكيل" [كما كان له حال حياة أن يبيعه بغير حضوره] أى ويجوز للوكيل
 بيع رهن الموكل ببيعه، ولو غابت ورثة الراهن للإيفاء، كما فى حال حياة الراهن. (عز)

(٥) لأن الوكالة لا يجرى فيها الإرث، ولأنه رضى برأيه، لا برأى غيره.

(٦) قوله: "ويبيعه" لأن الراهن مالك، وما رضى ببيعه، والمرتحن أحق بماليته من

وغاب الراهن أُجبر الوكيل على بيعه، كالوكيل^(١) بالخصومة

وامتنع عن الخصومة
إذا غاب موكله أُجبر عليها، وإن باعه العدل، وأوفى مرتتهن^{أى ثمن الراهن}
ثمنه، فاستحق الرهن، وضمن، فالعدل يُضمن^(٢) الراهن قيمته،

الراهن، فالراهن لا يقدر على تسليمه بالبيع. (الكشف)

(٧) قوله: فإن أى وإن حل الأجل والراهن أو وارثه بعد موته غائب، وأبى الوكيل أن يبيعه، أُجبر بالاتفاق الوكيل على بيعه، أى الرهن، بأن يحبس القاضى أياماً، فإن لج بعد الحبس أياماً، فالقاضى يبيع عليه، وهذا على أصلهما ظاهر، وأما على أصل الإمام فكذلك عند البعض؛ لأن جهة البيع تعينت؛ لأن بيع الرهن صار حقاً للمرتهن إبقاء لحقه، بخلاف سائر أموال المديون. وقيل: لا يبيع كما لا يبيع مال المديون عنده، وفيه إشعار بأنه لو حضر الراهن لا يُجبر الوكيل، بل أُجبر هو كما فى القهستانى، ثم إن البيع يفسد بهذا الإجبار؛ لأنه إجبار بحق، فصار كلا إجبار، وفيه إيهام أنه لا يجوز البيع قبل حلول الأجل. وفى "الخانية": لو سلط العدل على البيع مطلقاً، ولم يقل عند حلول الدين فله أن يبيع قبل ذلك. (المجمع)

(١) قوله: "كالوكيل [أى كما يجبر الوكيل... إلخ، والجامع بينهما إبطال الحق فى الامتناع" أى إذا وكل المدعى عليه رجلاً بخصومة بطلب المدعى، فغاب الموكل، وأبى الوكيل أن يخاصمه، فإنه يجبر على الخصومة؛ لأن المدعى خلى سبيل المدعى عليه اعتماداً على أن وكيله يخاصمه، فلا يمكن للوكيل أن يمتنع، كما فى "الكافى"، وفيه إشعار بأن تكون الوكالة بطلب المدعى، لكن إطلاق المتن يخالفه تدبراً. وفى "البرجندى": والخلاف فى إجبار الوكيل بالخصومة؛ لأن الوكيل بقضاء الدين لا يجبر إذا وكله بقضاءه من مال نفسه، بخلاف ما إذا وكله بقضاء الدين من مال الموكل. (المجمع)

(٢) قوله: "يضمن" وكشف هذا أن المرهون المبيع إذا استحق إما أن يكون هالكاً أو قائماً، ففى الوجه الأول المستحق بالخيار إن شاء يضمن الراهن؛ لأنه غاصب فى حقه بالأخذ والتسليم، وإن شاء ضمن العدل؛ لأنه متعدّ مثله بالبيع والتسليم، فصار غاصباً بذلك، فإن ضمن الراهن نفذ البيع، وصح الاقتضاء؛ لأن الراهن يملكه بأداء الضمان مستنداً إلى وقت الغصب، فتيقن أنه أمره ببيع ملك نفسه.

وإن ضمن المستحق العدل وهو البائع نفذ البيع أيضاً؛ لأن العدل يملكه بأداء الضمان، ثم هو بالخيار، إن شاء رجع على الراهن بالقيمة؛ لأنه وكيل من جهته، وأهل له، فيرجع عليه بما لحقه من العهدة بالغرور من جهة، ونفذ البيع؛ لأن الراهن لما كان قرر الضمان عليه، وضمن ملكه بأداء الضمان، فتيقن أنه أمره ببيع ملكه، فصح اقتضاء المرتهن، فلا يرجع على الراهن بدينه. وإن شاء العدل رجع على المرتهن بالثمن؛ لأنه تيقن أن الثمن أخذه بغير حق؛ لأن العدل

الذى أعطاه بأن كان عبداً فهلك

أو المرتهن ثمنه، وإن مات^(١) الرهن عند المرتهن، فاستحق،

ملك العبد بأداء الضمان، واستقر ملكه فيه، ولم ينتقل إلى الراهن على التقديرين؛ لأن يرجع على الراهن بما ضمن، ونفذ بيعه عليه؛ لأنه المباشر، فصار الثمن له؛ لأنه بدل ملكه، وإنما أداه إلى المرتهن على حساب أن المبيع ملك الراهن، فإذا تبين أنه ملكه لم يكن راضياً به، فله أن يرجع به عليه.

وفى الوجه الثانى: وهو ما إذا كان قائماً فى يد المشتري فللمستحق أن يأخذه من يده؛ لأنه وجد عين ماله، ثم للمشتري أن يرجع على العدل بالثمن؛ لأنه العاقد، فتتعلق به حقوق العقد، وهذا من حقوقه، حيث وجب بالبيع، وإنما دفعه المشتري إليه ليسلم له المبيع، ولم يسلم. ثم إذا ضمن العدل الثمن للمشتري كان بالخيار، إن شاء رجع على الراهن بالقيمة؛ لأنه هو الذى أدخله فى هذه العهدة، فيجب عليه تخليصه، وإذا رجع عليه صح قبض المرتهن، وسلم له المقبوض، وبرئ الراهن عن الدين، وإن شاء العدل رجع على المرتهن؛ لأن البيع انتقض بالاستحقاق، فبطل الثمن، وقد قبضه ثمناً، فيجب عليه رده، ونقض قبضه ضرورة، فإذا دفعه إلى العدل عاد حقه فى الدين على الراهن كما كان، فيرجع به عليه. (الزيلعى وتمامه فيه)

(١) قوله: "وإن مات" الأصل فيه أن العبد الموهون إذا هلك فى يد المرتهن، ثم استحقه رجل، كان المستحق بالخيار إن شاء ضمن الراهن، وإن شاء ضمن المرتهن؛ لأن كل واحد منهما متعدي فى حق الراهن، وبالأخذ التسليم والمرتحن بالقبض والتسليم، فإن ضمن الراهن صار المرتحن مستوفياً كدينه بهلاك الرهن؛ لأن الراهن ملكه بأداء الضمان مستنداً إلى ما قبل التسليم، فتبين أنه رهن ملك نفسه، ثم صار المرتحن مستوفياً بهلاكه، وإن ضمن المرتحن يرجع بما ضمن من القيمة، وبدينه على الراهن، إما بالقيمة فلائنه مغرور من جهة الراهن، وإما بالدين فلائنه انتقض قضاءه، فيعود حقه كما كان.

فإن قيل: لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتحن عليه، والملك فى المضمون ثبت لمن عليه قرار الضمان، فتبين أن رهن ملك نفسه، فصار كما إذا ضمن المستحق ابتداء.

قلنا: هذا طعن أبى خازم القاضى، والجواب عنه لأن المرتحن يرجع على الرهن بسبب الغرور، والغرور بالتسليم المرتحن، ويملك الراهن العين من ذلك الوقت، وعقد الرهن كان سابقاً عليه، فلم يتبين أنه رهن ملك نفسه ملكاً لغيره، فلا يكون المرتحن مستوفياً بملك العين بالتلقى من المرتحن؛ لأن المرتحن بملك أولاً بأداء الضمان، ثم ينتقل إلى الراهن، كما فى الوكيل بالشراء كان المرتحن اشتراه من المستحق، ثم باعه من الراهن.

وإنما كان كذلك لأن المرتحن غاصب فى حق المستحق، فإذا ضمن تملك المضمون ضرورة كيلاً يجتمع البدلان فى ملك واحد، ولكن لما كان قرار الضمان على الراهن ينتقل إليه من جهة، والمرتحن متعدي بالقبض؛ لأنه به صار غاصباً فيستند ملكه إليه، ثم الراهن يتلقاه منه، فيكون ملكه بعده وعقد الرهن سابق عليه، فتبين أنه رهن ملك غيره، فلا يكون المرتحن مستوفياً بالهلاك. بخلاف المسألة الأولى، وهى ما إذا ضمن المستحق الرهن ابتداء؛ لأنه يضمته باعتبار

بحكم التخيير أى قيمة العبد المستحق الهالك

وضمن الراهن قيمته مات بالدين، وإن ضمن المرتهن، رجع
أى بما ضمن من قيمة العبد أيضاً
على الراهن بالقيمة وبدينه.

باب^(١) التصرف فى الرهن والجناية عليه

وجنأيته على غيره

توقف^(٢) بيع^{رهنه} الراهن على إجازة مرتته، أو قضاء دينه،
أى عتق الراهن العبد الموهون^{الرهن} أى يدين المرتهن^{أى يدين المرتهن} ولو^(٧) مؤجلاً
ونفذ^(٣) عتقه، وطولب^(٤) بدينه^(٥) لو^(٦) حالاً، ولو^(٧) مؤجلاً

القبض السابق على الرهن، فيستند الملك إليه، فيتبين أنه رهن ملكه نفسه، فيكون المرتهن مستوفياً بهلاك. (التكملة)

(١) قوله: "باب" لما كان التصرف فى الرهن بعد ثبوت الرهن، وكذلك الجناية على الرهن، وجناية الرهن على غيره، ذكره عقيب مسائل الرهن؛ لأن كل ترتيب يجب طبعاً يجب وضعاً للمناسبة. (الشلبى)

(٢) قوله: "توقف" فإن إجازة المرتهن نفذ، وينتقل حقه إلى البدل، وإلا يفسخ البيع فى ظاهر الرواية على ما يجرى، وعند الثلاثة يبطل البيع، وعن أبى يوسف أنه ينفذ؛ لأنه تصرف فى ملكه، فصار كالإعتاق، والصحيح ظاهر الرواية؛ لأنه تعلق به حق المرتهن، فلا ينفذ إلا بإجازته، أو بقضاء الدين لزوال المانع.

ثم الشيخ رحمه الله سكت عن حكم الفسخ إذا لم يجيز المرتهن إشارة إلى أنه لا يفسخ بفسخه، وقيل: له أن يجز، وله أن يفسخ، والصحيح أنه لا يفسخ بفسخه؛ لأن الامتناع لحقه كى لا يتضرر، والتوقف لا يضره؛ لأن حقه فى الجنس لا يبطل بمجرد الانعقاد من غير نفوذ، فبقى متوقفاً، ثم المشتري بالخيار، إن شاء صبر حتى فك الراهن الرهن، وإن شاء رفع الأمر إلى القاضى فيفسخه؛ لأن ولاية الفسخ للقاضى لا للمشتري والبائع، وهو الراهن. (العينى)

(٣) قوله: "ونفذ" وقال الشافعى فى قول له: إنه لا ينفذ كالبيع إن كان معسراً، لنا أنه صدر من أهله واقعاً فى محله؛ لأنه ملكه، ولا يحتاج إلى التسليم، بخلاف الهبة للحاجة إلى التسليم ولا يقدر عليه. (الكشف)

(٤) قوله: "وطولب" أى إذا كان الدين حالاً طولب الراهن بعد العتق بالدين، معناه إذا كان موسراً؛ لأنه طولب بالرهن، كان له أن يأخذه بدينه إذا كان من جنس حقه، فيكون استيفاء وإيفاء، فلا فائدة فيه. (ز)

أى من الراهن
أى ولو كان الراهن معسراً للمرتهن
أخذ منه قيمة العبد، وجعلت رهناً مكانه، ومعسراً سعى العبد
أى بما سعى
فى الأقل^(١) من قيمته ومن الدين، ويرجع به على سيده،
فيما مر
وإتلاف^(٢) الراهن كإعتاقه، وإن أتلفه أجنبى^{أى الرهن}، فالمرتتهن^(٣)
(٥) لأنه لو طلب بالقيمة تقع المقاصة بقدر الدين، فلا فائدة فيه.

(٦) قوله: "ولو" أى لو كان الدين مؤجلاً يؤخذ من المعتق قيمة العبد، وتجعل رهناً مكان العبد، يعنى إذا كان موسراً؛ لأن سبب الضمان قد تحقق منه، وفى التضمنين فائدة، وهى حصول الاستيثاق من الوجه الذى بيناه، فيجبسها إلى حلول الأجل، فإذا حل اقتضاه بحقه إذا كان من جنسه؛ لأن الغريم له أن يستوفى حقه من مال غريمه إذا ظفر بجنس حقه إن كان فيه فضل رده لانتفاء حكم الرهن بالاستيفاء، وإن كان أقل من حقه رجع عليه بالزيادة لعدم ما يسقطه. (الزيلعى)

(٧) قوله: "ولو" أى وإن كان الراهن معسراً سعى العبد المعتق فى الأقل من قيمته ومن الدين، أى إن كانت القيمة أقل سعى العبد فى القيمة، وإن كان الدين أقل من القيمة سعى فى الدين، وإنما يسعى لأنه لا يتمكن المرتتهن من استيفاء حقه من الراهن الفقير، فيأخذ من المنتفع بالعق، وهو العبد بمقدار ماليته، إذ ليس عليه أن يسعى فيما زاد على مقدارها، ويرجع العبد بما سعى على سيده إذا أيسر؛ لأنه قضاء بإلزام الشرع، ومن قضى دين غيره وهو مضطر فيه يرجع عليه، بخلاف المستسعى فى إعتاق أحد الشريكين؛ لأنه يؤدى ضماناً عليه؛ لأنه أن يسعى لتحصيل العتق عنده ومكملة عندهما.

وقال الشافعى: إنه ينفذ إن كان موسراً لإمكان تضمينه؛ ولا ينفذ إن كان معسراً. (المجمع)

(١) ينظر إلى قيمته يوم العتق وإليها يوم الرهن وإلى الدين، فيسعى فى أقل الثلاثة.

(الكشف)

(٢) قوله: "وإتلاف" أى إذا أتلف الراهن الرهن بأن استهلكه، فحكمه إذا حكم ما إذا أعتق الراهن العبد المرهون حال كونه غنياً، فإن كان الدين حالاً أخذ منه، وإن كان مؤجلاً أخذ قيمة الرهن، وجعلت رهناً مكانه إلى حلول أجله؛ لأن الراهن رهن حق المرتتهن من الوثيقة، ولا يمكن استدراك حقه إلا بجعل قيمة الرهن رهناً مكانه. (عز)

(٣) قوله: "فالمرتتهن" أى المرتتهن هو الخصم فى تضمينه قيمته، ثم تكون القيمة رهناً عنده؛ لأنه أحق بعين الرهن حال قيامه، فكذا فى استرداد ما تقام مقامه، والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك باستهلاكه، بخلاف ضمانه على المرتتهن، فإنه يعتبر قيمته يوم القبض، حتى لو كانت قيمته يوم الاستهلاك خمسمائة، ويوم الارتهان ألفاً، غرم خمسمائة، وكانت رهناً، وسقط من الدين خمسمائة؛ لأن المعتبر فى ضمان الرهن يومه قبضه؛ لأنه دخل فى ضمانه؛ لأنه قبض استيفاءً إلا أنه يتقرر عند الهلاك.

و أي قيمة الراهن. ^{الرهن} ^{المرتبه}
يضمنه قيمته، فتكون رهنا عنده، وخرج^(١) من ضمانه بإعارته
من رهنه، فلو هلك^(٢) في يد الراهن يهلك مجاناً، وبرجوعه^(٣)
عاد ضمانه، ولو أعاره^(٤) أحدهما أجنبياً بإذن الآخر، سقط

ولو استهلكه المرتبه والدين مؤجل ضمن قيمته؛ لأنه أئلف مال الغير، وكانت رهناً في يده حتى يحل الأجل؛ لأن الضمان بدل العين، فأخذ حكمه، ولو حل الدين مضمون من جنس حقه استوفى المرتبه منه دينه، ورد الفضل على الراهن إن كان فيه فضل، وإن كان دينه أكثر من قيمته، رجع بالفضل، وإن نقصت القيمة بتراجع السعر إلى خمس مائة، وقد كانت قيمته يوم القبض ألفاً وجب بالاستهلاك خمس مائة، وسقط من الدين خمس مائة؛ لأن ما انتقص كالهالك وسقط من الدين بقدره تعتبر قيمة يوم القبض، فهو مضمون بالقبض السابق، لا بتراجع السعر، ووجب عليه الباقي بالإتلاف، وهو قيمته يوم التلف، كذا ذكر صاحب "الهداية".

وهو مشكل فإن النقص يتراجع السعر إذا لم يكن مضموناً عليه، فلا معتبراً، فكيف يسقط من الدين خمسمائة سوى ما ضمن بالإتلاف، وكيف يكون ما انتقص كالهالك حتى سقط من الدين بقدره، وهو لم ينتقص إلا بتراجع السعر، وهو لا يعتبر، فوجب أن لا يسقط بمقابلته شيء من الدين. (ز)

(١) قوله: "خرج" أي لو أعار المرتبه الرهن ممن رهنه يخرج من ضمانه، فإن الضمان كان باعتبار قبضه، وقد انتقص بالرد إلى صاحبه، فلما ارتفع المقتضى لارتفع المقتضى، فلا يكون مضموناً على صاحبه؛ لأن الاسترداد بإذنه.
فإن قلت: العارية الملك المنافع، والمرتبه لم يملك المنافع، فكيف يصح أن يقال: أعار المرتبه الراهن، قلت: المراد هنا فعل مثل الفعل بالعارية ظاهراً، وليس المراد تحقق العارية حقيقة. (عز)

(٢) بعد ما قبض الرهن على الرهن بالإعارة.

(٣) قوله: "وبرجوعه" أي وبرجوع المرتبه الرهن من الراهن إلى يده عاد... إلخ" أي برجوع الرهن إلى يد المرتبه عاد الضمان حتى يذهب الدين بهلاكه لعود القبض الموجب للضمان، وللمرتبه أن يسترده إلى يده؛ لأن عقد الرهن باقٍ إلا في حكم الضمان في هذه الحالة، ولهذا لو مات الراهن قبل أن يسترده كان المرتبه أحق به بين سائر غرماء؛ لأن يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن؛ لأنه قد ينفك عنه، ألا ترى أن ولد الرهن رهن، وليس بمضمون. (الزيلعي)

(٤) قوله: "ولو" أي ولو أعار الرهن واحد من الراهن والمرتبه بإذن صاحبه إنساناً غيرهما، وقبضه ذلك الآخر سقط ضمانه، فإن الضمان كان باعتبار قبضه، وقد انتقص. (عز)

من الراهن والمرتهن كما كان
الضمان، ولكل^(١) أن يرده رهناً، وإن استعار ثوباً
 المستعارة المعير الذى أعار المستعير ثوباً مثلاً ليؤججهنس ما يرهنه له ^{يرهن فيه}
ليرهنه صح^(٢)، ولو عين^(٣) قدراً، أو جنساً، أو بلداً
 المستعير والراهن والمعير ^{أى الثوب المرهون}
، فخالف ضمن المعير المستعير، أو المرتهن، وإن وافق وهلك
 كما هو حكم الرهن ^{أى مثل الثوب الذى هلك}
عند المرتهن صار^(٤) مستوفياً^(٥)، ووجب مثله للمعير على

(١) قوله: "ولكل" هى لكل واحد من الراهن والمرتهن أن يرده رهناً كما كان قبل الإعارة؛ لأن لكل واحد منهما فيه حقاً محترماً، إذ هو باق على الرهينة لبقاء عقد الرهن على ما بينا، بخلاف الإجارة والبيع والهبة من المرتهن، أو من أجنبى إذا باشر أحدهما بإذن الآخر حيث يخرج عن الرهن، ثم لا يعود إلا بعقد مبتدأ، ولو مات الراهن قبل أن يرهنه ثانياً، كان المرتهن أسوة الغرماء؛ لأن الرهن يتعلق به حق محترم لازم لهذه التصرفات، فيبطل به حكم الرهن، ولا كذلك العارية؛ لأنها لم تتعلق بها حق لازم (ز)

(٢) قوله: "صح" أى وصح استعارة شئ كالثوب مثلاً ليهرن لأن المالك رضى بتعلق دين المستعير بماله، وهو يملك ذلك، كما يملك تعلقه بدمته بالكفالة، ولأن الراهن للاستيفاء، وللمالك أن يأذن للمستعير فى إيفاء دينه. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "ولو عين" أى لو عين المعير قدر ما رهنه به أو جنسه، أو البلد الذى يرهنه فيه جاز؛ لأن التقيد مفيداً إما فى الحبس، فلأنه قد تيسر للمعير، أو للمستعير جنس دون آخر، وفى القدرة غرضه، وفى الزيادة ليتيسر أداؤه، وكذا نفى النقصان ليصير مستوفياً للأكثر عند الهلاك ليرجع عليه.

وأما البلاد فتختلف فى الحفظ، فلو خالف كان للمعير الخيار، إن شاء ضمن المستعير قيمته، وإن شاء ضمن المرتهن؛ لأن كل واحد منهما متعدي فى حقه، فصار الراهن كالغاصب، والمرتهن كغاصب الغاصب (عز)

(٤) قوله: "صار" لأن قبض الرهن قبض استيفاء، وبالهلاك يتم الاستيفاء فسقط الدين عن الراهن، ويضمن للمعير قيمته؛ لأنه قضى بذلك القدر دينه إن كان كله مضموناً، ولا يضمن قدر المضمون، والباقي أمانة، وهذا ظاهر، وكذا لو نقصت قيمة الرهن ببيع أصابه يذهب من الدين بحسابه، ويرجع المعير بذلك على الراهن لما ذكرنا. (الزيلعى)

(٥) أى استوفياً دينه لو قيمته مثل الدين، أو أكثر، ولو أقل صار مستوفياً بقدره، ويرجع بالفضل على الراهن.

المستعير، ولو افتككه^(١) المعير لا يمتنع المرتهن إن قضى دينه،
ولو بغير رضا الراهن عن دفع الرهن إلى المعير

وجناية^(٢) الراهن والمرتهن على الرهن مضمونة، وجنایته

عليهما، وعلى مالها هدر، وإن رهن عبداً يساوى ألفاً بألف
يعنى لا يوجب شيئاً رجل أى ألف درهم درهم

مؤجل فرجعت قيمته إلى مائة، فقتله رجلٌ وغرم مائة، وحلَّ

الأجل، فالمرتهن يقبض^(٣) المائة قضاءً من حقه، ولا يرجع على

(١) قوله: "ولو افتككه [أى خلص الرهن]" أى ولو أراد المعير افتكك الرهن بقضاء دين المرتهن من عنده فله ذلك، وليس للمرتهن أن يمتنع من تسليم الرهن، بل يكون مجبوراً على الدفع؛ لأن قضاءه كقضاء الراهن فى استخلاص ملكه، يرجع المعير بما أدى على الراهن لكونه غير متبرع فى القضاء؛ لأنه سعى فى استخلاص ماله. (المجمع)

(٢) قوله: "وجناية الجنایة فى باب الرهن على أقسام: إما أن تكون جنایة الراهن على المرهون، أو جنایة المرتهن عليه، أو تكون جنایة المرهون على الراهن، أو على المرتهن، أو تكون جنایة المرهون على مال الراهن أو المرتهن، فالأوليان مضمونتان، والبواقى هدر.

أما جنایة الراهن، فلتعلق حق لازم محترم به، وتعلق مثله يجعل المالك كالأجنبى فى حق الضمان كتعلق حق الورث بمال المريض، والعبد الموصى بخدمه إذا أتلغه الورثة ضمنوا قيمته ليشتري بها عبد يقوم مقامه.

وأما جنایة المرتهن فلأن العين ملك المالك، وقد تعدى عليه، وأما جنایة المرهون عليهما إن كانت موجبة للقصاص فمعتبرة، وإن كانت موجبة للمال، فأما على الراهن فلأنها جنایة المملوك على المالك، وهى هدر؛ لأنه لو جنى على غيره يجب على المولى من ماله، فلو اعتبرنا جنایة عليه لزم الوجود له عليه، وهذا باطل، وأما على المرتهن فلأننا لو اعتبرناها ضماناً تظهير عليه لحصولها فى ضمانه، فلا فائدة فى وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه، وقالوا: جنایة على المرتهن معتبرة، وأما الجنایة على أموالها فظاهر مما قررناه (عز)

(٣) قوله: يقبض أصله أن النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا، حتى كان له أن يطالب بجميع الدين عند رده ناقصاً بالسعر، خلافاً لزمفر رحمه الله، هو أن يقول: أن المالية قد انتقصت فأشبه انتقاص العين.

ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس، وذلك غير معتبر فى البيع إذا حصل فى المبيع قبل القبض حتى لا يثبت للمشتري الخيار، ولا فى الغصب حتى لا يجب على الغاصب ضمان ما نقص بالسعر عند رد العين المغصوبة، بخلاف نقصان العين؛ لأن بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء، إذ اليد يد الاستيفاء، وإذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر بقى مرهوناً بكل

من بقية الألف

الراهن بشيء.

أى بأمر الراهن، وكان رهناً بألف المرتهن. التى هى الثمن.
ولو^(١) باعه بمائة بأمره يقبض المائة قضاءً من حقه،
على الراهن العبد الراهن أى قيمة العبد القاتل درهم العبد أى بسبب قتله الرهن
ورجع بتسعمائة، وإن قتله^(٢) عبد قيمته مائة، فدفعت به افتكه

الدين، فإذا قتله حرم غرم قيمته يوم الإلتاف؛ لأن القيمة فى زمان الإلتاف تعتبر وقت الإلتاف؛ لأن الجابر بقدر الفائت، وأخذ المرتهن؛ لأنه بدل المالية فى حق المستحق، وإن كان مقابلاً بالدم على أصلنا حتى لا يزداد على دية الحر؛ لأن المولى استحقه بسبب المالية، وحق المرتهن متعلق بالمالية، فكذا فيما قامه مقامه، ثم لا يرجع على الراهن بشيء؛ لأن يد المرتهن يد استيفاء من الابتداء، وبالهلاك يتقرر، وقيمته كانت فى الابتداء ألفاً، فيصير مستوفياً للكل من الابتداء.

أو نقول: لا يمكن أن يجعل مستوفياً للألف بمائة؛ لأنه لا يؤدى إلى الربا، فيصير مستوفياً لمائة، وبقي تسع مائة فى العين، فإذا هلك يصير مستوفياً تسع مائة بالهلاك، بخلاف ما إذا مات من غير قتل أحد؛ لأنه يصير مستوفياً للكل بالعبد؛ لأنه لا يؤدى إلى الربا لاختلاف الجنس، بخلاف المسألة الأولى؛ لأننا لو جعلناه مستوفياً للألف بمائة يؤدى إلى الربا، فجعلناه مستوفياً لتسع مائة بالعبد الهلاك، وهو المقتول بالعبد والمائة بالمائة. (ز)

(١) قوله: "ولو" أى لو باع المرتهن العبد الذى يساوى ألفاً بمائة بأمر الراهن، ، وكان رهناً بألف قبض المرتهن تلك المائة التى هى الثمن، قضاء لحقه، ورجع على الراهن بتسع مائة؛ لأنه لما بإذن الراهن صار كأن الراهن استرده وباعه بنفسه، وبقي الدين إلا بقدر ما استوفاه، فكذا هنا. (التكملة)

(٢) قوله: "وإن قتله" أى وإن قتل العبد الرهن الذى يساوى ألفاً قبل نزول السعر إلى مائة، أو بعد النزول عبداً هو يعدل مائة، فدفعت العبد الجانى مقام العبد المقتول بسبب قتله، افتكه الراهن بكل الدين، وهو الألف عند الشيخين، وقال محمد: هو بالخيار، إن شاء افتكه بجميع الدين، وإن شاء دفع العبد المدفوع إلى المرتهن بدينه، ولا شىء عليه غيره، وقال زفر: يصير رهناً بمائة، وسقط من الدين بقدر الغاية.

قلنا: إن العبد الثانى قائم مقام الأول لحما ودما، ولو كان الأول قائماً وانتقص السعر لا ينقص الدين، وهى على الخلاف، ولمحمد أن المهرن تغير فى ضمان المرتهن، فيخير الراهن كالمبيع والمغصوب إذا كان قيمة كل واحد منهما عبداً قيمته مائة، فإن كل واحد من المشتري والمغصوب بالخيار، إن شاء أخذ القاتل ولا شىء له غيره، وإن شاء فسخ المشتري البيع، ورجع المغصوب منه بقيمة العبد.

ولهما أن التغير لم يظهر فى نفس العبد لقيام الثانى مقام الأول لحماً ودماً، فلا يجوز تملكه من المرتهن بغير رضاه، وعلى هذا الخلاف لو تراجع سعره حتى صار يساوى مائة، ثم قتل عبداً يساوى مائة، فدفعت به. (المجمع بتصرف والتكملة)

هو الألف التام ^{يأذن المرتهن} بـ كل الدين، وإن مات الراهن باع ^(١) وصيه الرهن، وقضى
 أى نصيب القاضى لأجله وصياً ^{ذلك الوصى} الدين، فإن لم يكن له وصى نصب ^(٢) له وصى وأمر ببيعه.

فصل (٣)

أحد عند أحد أى عصير عنب مثلاً ^{دراهم} رهن عصيراً قيمته عشرة بعشرة فتخمر، ثم تخلل وهو ^(٤)
 دراهم أى العصير المذكور الذى صار خلا بعد أن صار خمرًا ^(٥) رهن بعشرة ^(٦)، وإن رهن ^(٧) شاة قيمتها
 يساوى عشرة فهو

(١) قوله: "باع" لأن الوصى قائم مقام الموصى، ولو كان الموصى حيًا كان له أن يبيع الرهن، فكذا الوصية. (الزيلعى)

(٢) قوله: "نصب" لأن القاضى نصب ناظرًا للعاجز عن الناظر نفسه، وفى نصب الوصى نظر ليؤدى ما عليه ويستوفى ماله. (الكشف)

(٣) هذا الفصل كالمسائل المتفرقة التى تذكر فى أواخر الكتب.

(٤) الأولى حذفه؛ لأنه لو لم ينقص قدره، ولكنه نقصت قيمته لا يسقط من الدين شيء. (الطحطاوى ومحمد إعزاز على غفر له)

(٥) قوله: "فهو رهن" ولا يبطل عقد الرهن؛ لأن ما صلح محلًا للبيع صلح الرهن، إذ المحلية بالمالية فيهما، والخمر لا يصلح لابتداء البيع، ويصلح لبقاءه، فإن من باع عصيرًا، فتخمر فى يد البائع، بقى البيع إلا أنه يخير لتغير وصفه، كما لو تعيب، فإذا صار خلا زال العارض قبل تقررهِ، فكأنه لم يكن. (الطحطاوى)

(٦) قوله: "بعشرة [دراهم]" هذا إذا لم ينتقص شيء من كيله بالتخمر، أما إذا انتقص شيء من كيله بالتخمر سقط من الدين بقدره. (الطحطاوى)

(٧) قوله: "وإن رهن" أحد عند أحد شاة تساوى عشرة بعشرة، فماتت بلا ذبح، فذبح جلدًا بمالا قيمة له، بأن تربه، أو شمسه والجلد يساوى درهمًا، فهو رهن بدرهم، قيد بكون القيمة والدين متساويين؛ لأنه لو كان قيمتها أكثر من الدين يكون الجلد أيضًا بعضه أمانة بحسابه - فتنه -.

وقيدنا قوله: ماتت بقولنا: بلا ذبح؛ لأنها إذا ماتت بالذبح تكون بتمامها مضمونة، وقيد الدباغة بما لا قيمة له، فإنه لو كان له قيمة ثبت للمرتهن حق حبس بما زاد دباغه. (عز)

عشرة^{دراهم} بعشرة فماتت فديع جلدتها، وهو يساوى درهماً، فهو^(١)
 رهن بدرهم، ونماء الرهن كالولد والثمر واللبن والصوف^{لأنه متولد من ملكه}
 للراهن، وهو رهن مع^(٢) الأصل، ويهلك مجّاناً^{إذا هلك}، وإن^(٣) بقي^{أى بحصته من الدين}
 وهلك الأصل فك بحظه، فيقسم^(٤) الدين على قيمته يوم^{أى قيمة النماء}

(١) قوله: "فهو" لأن الرهن يتضرر بالهلاك، وإذا أحيأ بعض المحل يعود الحكم بقدره، بخلاف ما إذا ماتت الشاة المبعة قبل القبض، فديع جلدتها حيث لا يعود البيع بقدره؛ لأن البيع ينسخ بالهلاك قبل القبض، والمنسوخ لا يعود صحيحاً، وأما الرهن فيتضرر بالهلاك. (الزيلعى)

(٢) قوله: "مع" لأنه تبع له، والرهن حق متأكد لازم، فيسرى إلى الولد، ألا ترى أن الراهن لا يملك إبطاله بخلاف ولد الجارية الجانية حيث لا يسرى حكم الجناية إلى الولد، ولا يتبع أمه فيه؛ لأن الحق فيها غير متأكد حتى ينفرد المالك بإبطاله بالفداء، بخلاف ولد المستأجرة والكفيلة، والمغصوبة وولد الموصى بخدمتها؛ لأن المستأجر حقه فى المنفعة دون العين، وفى الكفالة الحق يثبت فى الذمة والولد لا يتولد من الذمة.

وفى الغصب السبب إثبات يد العادية بإزالة يد المحققة، وهو معدوم فى الولد، ولا يمكن إثباته فيه تبعاً؛ لأنه فعل حسى، والتبعية تجرى فى الأوصاف الشرعية، وفى الجارية الموصى بخدمتها المستحق له الخدمة، وهى المنفعة، والولد غير صالح قبل الانفصال، فلا يكون تبعاً لهما بعده لا ينقلب موجباً أيضاً بعد أن العقد غير موجب. (الزيلعى)

(٣) قوله: "مجّاناً" أى إذا هلك النماء يهلك مجّاناً بغير شيء لا قسط لهما ما يتقابل بالأصل؛ لأنها لم تدخل تحت العقد مقصوداً. (التكملة)

(٤) قوله: "وإن" أى إذا هلك الرهن، وبقي النماء يفك الولد بحصة من الدين؛ لأنه صار مقصوداً بالفك والتبع إذا صار مقصوداً يكون له قسط كولد المبيع لا حصة له من الثمن، ثم إذا صار مقصوداً بالقبض صار له حصة، حتى لو هلك الأم قبل القبض، وبقي الولد، كان للمشتري أن يأخذه بحصته من الثمن، ولو هلك قبل القبض، لا يسقط شيء من الثمن. (الزيلعى)

(٥) قوله: "فيقسم" صورته رجل رهن شاة بتسعة درهم، وقيمتها عشر يوم القبض، ثم ولدت ولداً قيمتها خمسة دراهم يوم الفك، فصارت قيمتها خمسة عشر، ثم هلكت الشاة، وبقي الولد. (عز)

فالدین يقسم على قيمتهما أثلاثاً يصيب ثلث الدين للأم، وهو ستة تسقط ويصيب ثلثه للولد، وهو ثلثه؛ لأن قيمتهما أثلاث، فيلزم الراهن أن يدفع الثلث، ثم يأخذ الولد.

الفكاك، وقيمة الأصل يوم القبض، فسقط من الدين حصّة
 الأصل، وفكّ النماء بحصته، ويصح^(١) الزيادة في الرهن لا في
 الدين، وإن رهن^(٢) عبداً بألف، فدفع عبداً آخر رهناً مكان
 (الطحطاوى)

(١) قوله: "يصح" معناه لا يصير الرهن رهناً بالدين، وصورة الزيادة في الرهن، وهو أن
 يزيد رهناً على الرهن الأول، فيكونان رهناً بالدين الأول، وأما صورة الزيادة في الدين فهو أن يزيد
 ديناً على الأول على أن يكون الرهن الأول رهناً بالدينين، وهو غير جائز.

وقال أبو يوسف رحمه الله: تجوز الزيادة في الدين أيضاً؛ لأنه يؤدي إلى الشيوخ؛ لأنه لا بد
 للرهن الثاني من أن يكون له حصّة من الدين يخرج الرهن الأول بقدره من أن يكون رهناً أو
 مضموناً، وذلك شائع والشيوخ مفسد للرهن، ولأبي يوسف رحمه الله أن الدين في باب الرهن
 كالثمن في البيع والرهن كالثمن، فتجوز الزيادة فيهما، كما في البيع، والجامع بينهما الالتحاق
 بأصل العقد للحاجة، وإمكان الإلحاق فيهما كما في البيع.

ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أن الزيادة في الدين توجب الشيوخ في الرهن؛ لأن
 الزيادة في الدين تثبت فيه ضمان الدين الثاني، فيكون بعض الرهن مضموناً به، وبعض مضموناً
 بالدين الأول، وذلك البعض مشاع، فلا يجوز، بخلاف الزيادة في الرهن؛ لأنها توجب تحول
 البعض الدين إلى الرهن الثاني؛ لأن الدين ينقسم عليهما، فصار الشيوخ في الدين لا في الرهن،
 وذلك غير مانع صحة الرهن، ألا ترى أنه لو رهن شيئاً بخمسمائة من ألف درهم عليه جاز، ولو
 كان الشيوخ في الدين يمنع لما جاز والالتحاق بأصل العقد غير ممكن في طرف الدين يمنع؛ لأنه غير
 معقود عليه، ولا هو معقود، بل وجوده سابق على الرهن، ولهذا يبقى الدين بعد فسخ الرهن،
 والزيادة تكون في المعقود عليه كالمبيع، أو في المعقود به كالثمن، لا في غيره؛ لأنه ليس بأحد
 البدلين، والزيادة تختص بهما.

ثم المراد بقولهم: إن الزيادة في الدين لا تصح أن الرهن لا يكون رهناً بالزيادة، وأما نفس
 زيادة الدين فصحيحة؛ لأن الاستدانة بعد الاستدانة قبل قضاء الدين الأول جائز إجماعاً.
 (الزيلعي)

(٢) قوله: "وإن رهن" أي وإن رهن عبداً يعدل ألفاً بألف، فدفع مكانه عبداً يعدلها، أي
 الألف، فالأول رهن كما كان، حتى يردد المرتهن إلى رهنه، والمرتحن أمين في العبد الثاني، يجعله
 مكان الأول برد الأول على الراهن، فحينئذ يصير الثاني مضموناً؛ لأن الأول دخل في ضمانه
 بالقبض والدين، وهما باقيان، فلا يخرج عن الضمان إلا بنقض القبض ما دام الدين باقياً، إذا بقى
 الأول في ضمانه، لا يدخل الثاني في ضمانه؛ لأنهما رضيا بدخول أحدهما فيه لا بدخولهما، فإذا
 زاد الأول دخل الثاني في ضمانه، ثم قيل يشترط تجديد القبض، وقيل: لا يشترط. (المجمع
 بحذف)

قيد اتفاق من العبدین. أى فالعبد الأول فلو هلك قبل الرد يضمن المرتهن
الأول، وقيمة كل ألف، فالأول رهن حتى يرده إلى الراهن،
والمرتهن فى الآخر أمين حتى يجعله مكان الأول العبد الأول.

كتاب^(١) الجنايات^(٢)

مبتدأ تفسير العميد تفصيل أي ضرب إنسان مثل السيف والسكين
 موجب القتل عمداً وهو^(٣) ما تعمد ضربه بسلاح ونحوه
 متعلق بنحوه نحو المروءة بكسر اللام وهي قشر القصب اللاحق به
 في تفريق الأجزاء، كالمحدد من الخشب والحجر والليطة والنار
 خير^(٤) والإثم^(٥) والقود عيناً^(٦) إلا أن يعفى^(٧) لا^(٨) الكفارة وشبهه^(٩)،
 عن القاتل أي لا تجب الكفارة بقتل العمد

(١) قوله: "كتاب" مناسبتة أن الرهن لصيانة المال، وحكم الجناية الأنفس والمال وسيلة
 للنفس فقدم، ثم الجناية، لغة: اسم لما يكتسب من الشر.
 وشرعاً اسم لفعل محرم حل بمال أو نفس، والمراد بها المصطلح في هذا الكتاب، فلا يرد ما
 أورده عليه من عدم كون الحد جامعاً، فإن جنایات الحج لم تتعلق بنفس الأدمى، ولا طرفه مع أنهم
 يطلقون عليها الجناية. (عز)

وخص الفقهاء الغصب والسرقة بما حل بمال، والجناية بنفس وأطراف. (الدر)

(٢) الجناية على النفس تسمى قتلاً، وعلى ما دون النفس تسمى قطعاً وجرحاً، والقتل
 فعل يضاف إلى العبد تزول به الحياة زوال الحياة بدون فعل العبد يسمى موتاً. (ط)
 (٣) الجملة معترضة بين المبتدأ والخبر.

(٤) قوله: "إثم" أي القتل الموصوف بهذه الصفة يوجب الإثم والقصاص متعيناً، أما
 اشتراط العمدية فلأن الجناية لا تتحقق دونها، ولا بد منها ليرتب عليها العقوبة؛ لقوله عليه الصلاة
 والسلام: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان» الحديث، وأما اشتراط السلاح أو ما جرى مجرى
 السلاح، فإن العمد هو القصد، وهو فعل القلب لا يوقف على، إذ هو أمر مبطن، فأقيم استعمال
 الآلة القاتلة غالباً مقامه، تيسراً، كما أقيم السفر مقام المشقة، والآلة القاتلة غالباً هي المحددة؛ لأنها
 وهي المعدة للقتل، وما ليس له حد فليس بمعد له حتى لو ضربه بحجر كبير أو خشبة كبيرة لا يجب
 القصاص عند أبي حنيفة رحمه الله.

وأما وجوب المأثم فللقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءُ جَهَنَّمَ خَالِدًا
 فِيهَا...﴾ إلخ، وأما وجوب القصاص فللقوله تعالى: ﴿كَتَبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصَ فِي الْقَتْلِ﴾.
 (الزبيلى ملخصاً)

(٥) قوله: "عيناً" وهي منصوب على الحال من القوة، أي حال كونه متعيناً خلافاً
 للشافعى، فإنه قال: لا يتعين القصاص بل الولي مخير بينه وبين أخذ الدية؛ لقوله عليه الصلاة
 والسلام: من قتل قتيلاً فهو بخير النظرين، إما أن يقتل وإما أن يؤدى.
 ولنا قوله تعالى: ﴿كَتَبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصَ فِي الْقَتْلِ...﴾ إلخ، والمراد به القتل العمد،

أى شبه العمد أى ضرب إنسان وهو أن يتعمد ضربه بغير ما ذكر الإثم^(١)
بالرفع أيضاً عطف على الإثم عطف على ما قبله سيأتي الكلام فى التعليل
والكفارة ودية مغلظة على

وما أورده من الحديث فعلى تقدير صحته لا تجوز به الزيادة على النص ؛ لأنه نسخ وإلى ذلك أشار ابن عباس رضى الله عنهما بقوله : العمد قود لا مال فيه . (المجمع بتغيير)

(٦) قوله : "يعنى [لأن الحق لأولياء المقتول فى العمد]" على صيغة المجهول ، أى إلا أن يعفو ولي القصاص أو يصالحه على شىء من ماله ، والعفو أفضل . (المجمع بحذف)

(٧) قوله : "لا" أى ولا كفارة فيه ؛ لأنها فيما كان دائراً بين الخطر والإباحة والعقل كبيرة محضة لا يليق أن تكون الكفارة ساترة له لوجو معنى العبادة فيها ، ولقوله عليه الصلاة والسلام : «خمس من الكبائر كفارة فيهن» ، منها قتل النفس بعمد ، وعند الشافعى عليه الكفارة ، كما فى الخطأ مراعاة لحق الله تعالى فى العبد . (المجمع)

(٨) قوله : "وشبهه" بالرفع عطف على قوله : موجب القتل ، والمضاف فيه محذوف ، والتقدير : وموجب شبه القتل عمداً ، فلما حذف المضاف أقيم هو مقامه ، وارتفاعه فى الحقيقة بالابتداء ، وخبره قوله : الإثم على ما يأتى ، وهذا هو القسم الثانى من أنواع القتل ؛ لأنه على خمسة أوجه : عمد ، وشبه عمد ، وخطأ ، وما جرى مجرى الخطأ ، والقتل بسبب ، وقسمه محمد ، والأصل على ثلاث أوجه ، عمد وشبه عمد وخطأ . (ع)

(٩) قوله : "الإثم" [خبر لقوله : وشبهه وما بينهما معترض أى وموجب شبهة القتل عمداً الإثم] أى موجب القتل شبه العمد الإثم والكفارة على القاتل والدية المغلظة على العاقلة ، ولا يوجب القصاص ، وقوله : وهو أن يتعمد ضربه بغير ما ذكر فى العمد ، والذى ذكر فى العمد هو الحد وغيره هو الذى لا حد له من الآلة ، كالحجر والعصا ، وكل شىء ليس له حد يفرق الأجزاء ، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله .

وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى : لو ضربه بحجر عظيم ، أو خشبة عظيمة ، فهو عمد ، وشبهة أن يتعمد ضربه بما لا يقتل غالباً ، وقال مالك : لا أدرى ما شبه العمد ، وإنما القتل الخطأ والعمد .

لنا قوله عليه الصلاة والسلام : «قتيل خطأ عمد قتل السوط والعصا وفيه مائة من الإبل» ، رواه ابن أبى شيبة فى الديات من "مصنفه" ، وتخصيص العصا بالصغيرة إبطال لإطلاقها ؛ ولأن الآلة أى العصا ، صغيرة كانت أو كبيرة غير موضوعة للقتل ، ولا يستعمله فيه ، إذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله ، وبه يحصل القتل غالباً ، فقصر العمد نظراً إلى الآلة . (الزيلعى والكشف)

إجماع الصحابة على ذلك
العاقلة لا^(١) القود.

والخطأ^(٢) وهو أن يرمى شخصاً ظنه صيداً، أو حربياً، فإذا
هو مسلم، أو غرضاً فأصاب آدمياً، وما جرى مجراه^(٣)، كنائم

(١) قوله: لا [أى ليس موجه شبه القتل العمد القود أى القصاص]... إلخ "للحديث المذكور، وأما ما روى أنه ﷺ رضى رأس يهودى بين حجرين حين رضى رأس صبية بين حجرين، فلأنه كان ساعياً فى الأرض بالفساد، لما روى أنه إنما رضى رأسها ليأخذ ما عليها من المحلى، فقد صار قاطع الطريق. (الكشف)

(٢) قوله: "والخطأ [بالرفع مبتدأ عطف على ما عطف عليه شبهة، والتقدير وموجب القتل الخطأ وهو القسم الثالث من أنواع القتل] تفسير لنفس الخطأ، فإنه على نوعين: خطأ فى القصد، وخطأ فى الفعل، وقد بين النوعين بقوله: وهو أن يرمى شخصاً، ظنه صيداً، أو حربياً، فإذا هو مسلم، تفسير للخطأ فى القصد؛ لأنه لم يخطئ فى الفعل حيث أصاب ما قصد رمية، وإنما أخطأ فى القصد، أى فى ظن حيث ظن الحربى مسلماً، والآدمى صيداً.

قوله: أو غرضاً فأصاب آدمياً، أى ورمى غرضاً، فأصاب آدمياً، وهذا بيان للخطأ فى الفعل دون القصد، فيكون معذوراً إذا اختلف الحل، بخلاف ما لو تعمد بالضرب موضعاً من جسده، فأصاب موضعاً آخر منه، حيث يجب القصاص؛ لأن المحل لم يختلف لوجود قصد الفعل منه، والقتل أو جميع البدن منه محل واحد فيما يرجع إلى مقصوده، فلا يعذر. وإنما صار الخطأ نوعين؛ لأن الإنسان يتصرف بفعل القلب والجوارح، فيحتمل كل واحد منهما الخطأ على الانفراد كما ذكر.

أو على الاجتماع بأن رمى آدمياً يظنه صيداً، فأصاب غيره من الناس، وقوله: كنائم انقلب على رجل بيان لما جرى مجرى الخطأ؛ لأن هذا ليس بخطأ حقيقة لعدم قصد النائم إلى شيء حتى يصير مخطئاً لمقصوده، ولما وجد فعله حقيقة عليه ما أتلفه، كفعل الطفل، فجعل كالخطأ؛ لأنه معذور كالمخطئ.

وإنما كان حكم المخطئ ما ذكره لقوله تعالى فيه: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّنْهُ وَدِيَّةٌ مَّسْلَمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ﴾، وقد قضى بها عمر رضى الله عنه فى ثلاث سنين بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم من غير تكبر، فصار إجماعاً، وقدر الدية وصفتها، وما يجوز عتقه عن الكفارة وما لا يجوز تذكره فى الديات - إن شاء الله تعالى -.

وبهذا النوع من القتل يأثم اسم القتل، وإنما يأثم اسم ترك التحرز والمبالغة فى التثبت لأن الأفعال المباحة لا تجوز مباشرتها إلا بشرط أن لا يؤذى أحد، فإذا أذى أحداً، فقد تحقق ترك التحرز فيأثم، ولفظة الكفارة تنبئ عن ذلك؛ لأنها ستارة، ولا ستر بدون الإثم. (الزليعى)

(٣) هو القسم الرابع من أنواع القتل وهو عطف على قوله، والخطأ والتقدير وموجب ما

خبر المبتدأ

انقلب على رجل فقتله الكفارة^(١)، والدية على العاقلة، و^(٢)

خبر المبتدأ

القتل^(٣) بسبب كحافر البئر، وواضع الحجر في غير ملكه الدية

عن المقتول

أى كل من أنواع القتل المذكورة

أى لا تجب فيه الكفارة

على العاقلة لا الكفارة، والكل^(٤) يوجب حرمان الإرث إلا

من الأطراف

أى القتل بسبب

هذا، وشبه^(٥) العمد في النفس عمد فيما سواها.

جرى.

(١) بالرفع خبر للمبتدأ أعنى قوله: والخطأ وما عطف عليه وهو قوله: وما جرى مجراه، والتقدير: وموجب القتل الخطأ وموجب ما جرى مجرى الخطأ الكفارة. (العينى)

(٢) بالرفع أيضاً مبتدأ معطوف، والتقدير: وموجب القتل بسبب وهو القسم الخامس من أنواع القتل. (العينى)

(٣) قوله: "والقتل" أى موجب القتل بسبب الدية على العاقلة لا الكفارة، أما وجوب الدية به فلأنه سبب التلف، وهو متعمد فيه بالجضر، فجعل كالدافع للملقى فيه، فتجب فيه الدية صيانة للأنفس، فتكون على العاقلة؛ لأن القتل بهذا الطريق دون القتل بالخطأ، فيكون معذوراً، فتجب على العاقلة تخفيفاً عنه، كما فى الخطأ، بل أولى، لعدم القتل منه مباشرة، ولهذا لا تجب الكفارة فيه. (الزيلعى)

(٤) قوله: "والكل" أى كل نوع من أنواع القتل الذى تقدم ذكره من عمد وشبه عمد أو خطأ يوجب حرمان الإرث إلا القتل بسبب، فإنه لا يوجب ذلك، كما لا يوجب الكفارة. (الزيلعى)

(٥) قوله: "وشبه العمد" يعنى إذا جرح عضواً بآلة جارحة وجب فيه القصاص إن كان مما يراعى فيه المماثلة، وليس فى ما دون النفس شبه العمد، كما كان فى النفس؛ لأن إتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة، وما دون النفس ليس كذلك؛ لما روى عن أنس بن مالك رضى الله تعالى عنه أن عمة الربيع لطمت جارية، فكسرت ثنيتها، فطلبوا منهم العفو، فأبوا والأرض، فأبوا إلا القصاص، فاختصموا إلى رسول الله عليه الصلاة والسلام، فأمر بالقصاص، فقال أنس: من بين نفر تكسر ثنية عمة الربيع: والذى بعثك نبياً بالحق لا تكسر ثنيتها، فقال رسول الله عليه الصلاة والسلام: «يا أنس كتاب الله القصاص فرضى القوم وعفوا وطلبوا الأرض»، فقال عليه الصلاة والسلام: «إن من عباد الله من لو أقسم على الله لأبره».

ووجه دلالة على ما نحن فيه أن اللطمة لو أتت على النفس لا توجب القصاص، ورأيناها فيما دون النفس قد أوجبت بحكمه عليه الصلاة والسلام، فقلنا: إنه ما كان فى النفس شبه عمد هو عمد فيما دونها، ولا يتصور أن يكون فيه شبه عمد. (المجمع بتصرف)

باب^(١) ما يوجب القصاص وما لا يوجب

أى بسبب قتل كل معصوم الدم

يجب^(٢) القصاص بقتل كل محقون الدم على التأييد

أى ويقتل أى ويقتل

عمداً^(٣)، ويقتل الحر بالحر وبالعبد^(٤)، والمسلم بالذمي^(٥)، ولا

(١) قوله: "باب" لما فرغ من بيان أقسام القتل، وكان من جملتها العمد، وهو قد يوجب القصاص، وقد لا يوجب، احتاج إلى تفصيل ذلك فى باب على حدة، فقال: يجب... إلخ. (المجمع)

(٢) قوله: "يجب" ههنا أمور: الأول: أن معنى الوجوب ثبوت الاستيفاء، فلا يرد أن العفو مندوب إليه، فينافى الوجوب، والثاني: أن معنى كونه محقون الدم مصان الدم، فإن الحقن هو المنع يقال حقن دمه، أى منعه من أن يسفك، والحقن أيضاً الحفظ. والثالث: أن المراد به كونه محقوناً بحقن كامل فلا قصاص بقتل من أسلم فى دار الحرب، ولم يهاجر فهو، وإن كان معصوم الدم على التأييد، فلا يطالب قاتله بالقود لعدم كمال الحقن. فإن قلت: لو قتل القاتل عمداً أجنبى عن المقتول، فإنه يقتص منه للقاتل، والقاتل ليس بمحقون الدم؟ قلت: المراد به كونه محقون الدم بالنظر إلى قاتله، فمقتول الأجنبى وإن كان غير محقون الدم بالنظر إلى من قتله، فمحقون الدم بالنظر إلى الأجنبى، واحتراز به عن مباح الدم كالزانى المحصن.

والرابع: أن المراد بقولنا: على التأييد ما هو بحسب الأصل، فلا يرد عليه ما أورد من أن حقن الدم على التأييد غير متصور؛ لأن غاية ما يتصور منه أن يكون المسلم فى دار الإسلام، وهو يزول بالارتداد، فإن الأصل فى المسلم أن يرتد، ولا يشكل عليه أيضاً لو قتل المسلم ابنه المسلم عمداً بحيث لا يجب القصاص على الأب مع دخوله فى هذا الحد؛ لأن ذلك من العوارض، فلا يدخل تحت القواعد؛ لأن القصاص هناك كان واجباً فى الأصل، ثم انقلب ما لا يكون الأبوة شبهة فى درء القصاص، فإن الابن شهيد بهذا القتل، وإن وجب المال.

نعم يرد عليه ما لو قتل عبداً لوقف عمداً، فإنه لا يجب القود، كما فى "الدرر" و"الجوهرة"، ويمكن أن يجاب: أن الموجب الأصل هو القصاص، وينقلب ما لا لعارض مراعاة نفع الوقف.

وقوله: على التأييد، احتراز عن دم المستأمن، فإنه وإن كان محقون الدم، لكن لا على التأييد، فهو محقون الدم فى دارنا، أما إذا رجع إلى داره صار مباح الدم.

قال فى "التبيين": وإنما شرط أن يكون محقون الدم على التأييد لتتنفى شبهة الإباحة عنه؛ لأن القصاص نهاية فى العقوبة، فتستدعى الكمال فى الجناية، فلا يجب مع الشبهة. (محمد إعزاز على)

(٣) حال من القتل، قيّده لأن في غير العمد لا يجب القصاص.

(٤) قوله: "بالعبد" وقال مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله: لا يقتل الحر بالعبد، بل يضمن قيمته؛ لقوله تعالى: ﴿الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ﴾ قابل الجنس بالجنس، ومن ضرورة ذلك أن لا يقتل الحر بالعبد، ولأن القصاص يعتمد المساواة، ولا مساواة بينهما، إذ الحر مالك، والعبد مملوك، والمالكية أمانة القدرة، والمملوكية أمانة العجز.

ولنا عموم قوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾، وما أخرجه أصحاب الكتب الستة عن مسروق عن عبد الله بن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يحل دم امرئ يشهد أن لا إله إلا الله وأنى رسول الله إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة»، ومقابلة الحر بالعبد، إذ ليس فيه إلا ذكر بعض ما شمله العموم على موافقة بينة، وذلك لا يوجب تخصيص ما بقى، ومحله أن النص تخصيص بالذكر، وهو لا ينفي ما عداه، ألا ترى أنه قابل الأنثى بالأنثى، ولا يمنع ذلك مقابلة الذكر بالأنثى، فكذا لا يمنع مقابلة العبد بالحر حتى يقتل به العبد إجماعاً، وهما مستويان في العصمة، وهى بالدين عندهم، وبالداء عندنا.

وفائدة هذه المقابلة قول ابن عباس كانت المقابلة بين بنى النضير وبنى قريظة، وإن كان بنو النضير أشرف، وكانوا يعدون على النصف منهم تواضعوا على أن العبد من بنى النضير بمقابلة الحر فى بنى قريظة، والأنثى منهم بمقابلة الأنثى من بنى قريظة، فنزلت الآية ردّاً عليهم، وبيّناً أن الحر بمقابلة الحر، والعبد بمقابلة العبد، والأنثى بمقابلة الأنثى من القبيلتين جميعاً، فكانت اللام لتعريف العهد لا لتعريف الجنس. (شرح النقاية بحذف)

(٥) قوله: "وبالذمى" وقال الشافعي رحمه الله: لا يقتل المسلم بالذمى، وهو قول عطاء والحسن البصرى، وفى "المبسوط": أن الخلاف فيما إذا كان القاتل حال القتل مسلماً، أما لو كان حال القتل ذمياً، ثم أسلم، فإنه يقتص منه بالإجماع.

لهم ما أخرج البخارى فى كتاب العلم، وفى موضعين من كتاب الديات عن أبى جحيفة قال: سألت عليها هل عندكم شئ ما ليس فى القرآن؟ فقال: العقل، أى الدية وفكك الأسير وأن لا يقتل مسلم بكافر.

ولأنه لا مساواة بين المسلم والكافر وقت الجناية لقوله تعالى: ﴿لَا يَسْتَوِي أَصْحَابُ النَّارِ وَأَصْحَابُ الْجَنَّةِ﴾، والقصاص مبنى على المساواة، وبين الكفر مبيح للدم وهو وقت عقد الذمة موجود، فأورثت شبهة وارثة للقصاص.

ولنا عمومات الكتاب والسنة، منها ما روى بسنده عن أبى الحبوب الأسدى قال: أتى على على بن أبى طالب برجل من المسلمين قتل رجلاً من أهل الذمة، فقامت عليه البينة فأمر بقتله، فجاء أخوه، فقال: قد عفوت، فقل: لعلمهم هددوك أو فزعوك، قال: لا، ولكن قتله لا يرد على أخى، وعوضوا لى، قال: أنت أعرف من كان ذمتنا فدمه كدمنا، وديته كديتنا، وفى الباب آثار أخر كثيرة. (عز)

وأما قوله عليه الصلاة والسلام: «لا يقتل مؤمن بكافر»، فالمراد بالكافر الحربى بدليل قوله:

أي يقتل^(١)، والرجل^(٢) بالمرأة، والكبير^(٣) بالصغير،
 أي يقتل^(٤) وبالأعمى^(٥)، وبناقص الأطراف^(٦)،
 أي يقتل^(٧) والولد^(٨) بالوالد، ولا^(٩) يقتل الرجل بالولد،

ولأنه ذو عهد بكافر، وإنما لا يقتل ذو العهد بالكافر الحربى ولو كان المراد به الذمى لما صح جريان القصاص بين الذميين، فإن قبل جاز أن يراد بهذه العهد المسلم، قلنا: العطف يقتضى المغايرة.

فإن قيل: هذا ابتداء أى لا يقتل ذو عهد فى مدة عهده، قلنا: المراد بالأول نفى القتل قصاصاً، لا نفى مطلق القتل إذ الثانى تحقيقاً للعطف، ثم القصاص مبنى المساواة فى أصل العصمة، والمسلم والذمى فى ذلك سواء؛ لأنهم إنما بذلوا الجزية ليكون دماءهم كدماءنا، والكفر ليس بمبيح للقتل بنفسه، بل بواسطة الخرابه؛ وقد سقطت بعقد الذمة، صار من أهل دارنا، ولهذا كان كفر المرأة غير مبيح لقتلها؛ لأنه غير باعث على الخرابه. (شرح النقاية بحذف)

(١) لأنه غير محقون الدم على التأييد، وكذا كفره باعث على الخراب؛ لأنه باعث على قصد الرجوع، ويقتل المستأمن بالمستأمن قياساً لوجود المساواة بينهما، ولا يقتل استحساناً لوجود المبيح.

(٢) قوله: "والرجل [هو معطوف على ما تقدم من قوله: ويقتل الحر بالحر... إلخ، لا على ما يليه من قوله: ولا يقتلان بمستأمن. الزيلعى]" إلى قوله: بالمجنون أى يقتل هؤلاء بهؤلاء العمومات؛ ولأن فى اعتبار التفاوت فى ما وراء العصمة امتناع القصاص، وظهور التقاتل والتفانى. (الكشف)

(٣) بأن كان القاتل بالغاً، والمقتول دون البلوغ. (شرح النقاية)

(٤) بأن كان القاتل صحيحاً، والمقتول أعمى. (شرح النقاية)

(٥) بأن كان القاتل صحيحاً، والمقتول زمناً. (شرح النقاية)

(٦) بأن كان القاتل كامل الأطراف، والمقتول ناقصها. (شرح النقاية)

(٧) بأن كان القاتل عاقلاً، والمقتول مجنون. (شرح النقاية)

(٨) أى يقاد بالوالد من الولد؛ لأن الحجة ماسة إلى شرع الزاجر فى حقه؛ إذ ربما يحمله على قتل والده الأطماع الفاسدة، وهو قول أكثر أهل العلم. (شرح النقاية)

(٩) قوله: "ولا" ومذهب مالك لا يقاد من الوالد بولده إن قتله على وجه يثبت فيه الشبهة، كما لو خوفه بسيف أو نحوه فقتله، ثم ادعى أنه لم يرد قتله، بل أراد تأديبه، وأما لو أصحب ذبحه، أو شق جوفه، أو حزيده فقطعها، أو وضع إصبعه فى عينه، ففقاها، فإنه يقاد منه؛ لأن القصاص يسقط بالشبهة، وفى غير ذلك ونحوه الشبهة قائمة، لنا قوله عليه الصلاة

والأمُّ والجدُّ والجدَّة كالأب^(١)، وبعبد^(٢) وبمديره^(٣) وبمكاتبه، وبعبد ولده، وبعبد ملك بعضه، وإن ورث قصاصاً^{الإبراء} على أبيه سقط^(٣)، وإنما يقتصّ بالسيف^(٤).

على صيغة المجهول أى قتله شخص حاله أى ليس له وارث غير المولى مكاتب^(٥) قتل عمداً، وترك وفاءً ووارثه سيده فقط، أو

والسلام: «لا يقاد الوالد بولده»، أخرجه الترمذى وابن ماجه.

قال الإمام البزدوى: هذا حديث مشهور، تلقته الأمة بالقبول، فصلح مخصصاً للكتاب، وأيضاً الكتاب مخصوص بالإجماع، فإن المولى لا يقتص بعبد؛ ولأنه سبب لإحياء فمن المحال أن يستحق له فناء، إن قيل: إن التعليل إنما يستقيم لو كان المستحق هو الابن المقتول، وليس كذلك، بل المستحق هو وارث الولد المقتول.

يجاب بأن القصاص يستحقه المجروح، ثم يخلفه وارثه، ولذا يصح عفو المجروح، وطولب بالفرق بين هذا وبين من زنى بابنته وهو محصن، فإنه يرجم، أجيب بأن الرجم حق الله على الخصوص، بخلاف القصاص لا يقال: فيجب أن يحد إذا زنى بجارية ابنه؛ لأننا نقول: ثبت له حق الملك بقوله عليه الصلاة والسلام: «أنت ومالك لأبيك». (الكشف وحاشيته بتصرف والتكملة وشرح النقاية)

(١) قوله: «كالأب» وسواء كانوا من جهة الأب أو من جهة الأم؛ لأنه جزءهم، فالنص الوارد فى الأب يكون وارداً فيهم دلالة، فكانت الشبهة شاملة للجميع فى جميع صور القتل. (الزيلعى)

(٢) قوله: «وبعبد» إلى قوله: ملك بعضها، أى لا يقتل الرجل بهؤلاء؛ لأنه لو وجب القصاص لوجب له، كما إذا قتله غيره، ولا يجب له على نفسه عقوبة، وكذا لا يستوجب ولده القصاص عليه على ما بينا، والقصاص لا يتجزأ، فإذا سقط فى البعض لأجل أنه ملك البعض سقط فى الكل لعدم التجزئ. (الزيلعى بزيادة)

(٣) قوله: «سقط» لما ذكرنا أن الابن لا يستوجب العقوبة على أبيه، وصورة المسألة فيما إذا قتل الأب أماً امرأة، ثم ماتت امرأة قبل أن يقتص به، فإن ابنه يرث القصاص الذى لها على أبيه يسقط، كما ذكرنا إذا قتل امرأة، وليس لها ابن إلا ابنهما منه، فيسقط القصاص. (التكملة)

(٤) قوله: «بالسيف» وقال الشافعى: يفعل به مثل ما فعل إن كان مشروعاً، وبه قال مالك وأحمد وأصحاب الظاهر، وإن كان فعلاً غير مشروع، بأن لاط بصغير، أو وطى صغيرة حتى قتلها، أو سقاها خمراً، حتى ماتت اختلف أصحابه، فقيل تجز رقبته، وقيل: فى اللواطه يتخذ له آلة مثل الذكر، فيفعل به مثل ما فعل وفى الخمر يسقى الماء حتى يموت، ولو فعل به مثل ما فعل.

فلم يمت، ففيه قولان: أحدهما: أن يكرر ذلك الفعل عليه حتى يموت، وبه قال مالك. وثانيهما: أن يعدل إلى السيف احتجاجاً بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾، وقوله تعالى: ﴿فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾، وبما في "الصحيحين": عن أنس أن جارية من الأنصار قتلها رجل من اليهود على حلى لها رضى رأسها بين حجرين، فسألها من صنع بك هذا فلان فلان حتى ذكروا لها يهودياً، فأومأت برأسها، فأخذ اليهودى فأمر رسول الله ﷺ بهذ رأسه بالحجارة.

ولنا ما أخرجه ابن ماجه في سننه من أبى بكر عن النبى ﷺ، وأخرجه أيضاً فيها عن النعمان بن بشير عن النبى ﷺ أنه قال: «لا قود إلا بالسيف»، وليس معناه لا قود يجب إلا بالسيف؛ لأن القود يجب بغير السيف إجماعاً.

وأما قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ﴾، فروى الطحاوى عن ابن عباس وأبى هريرة أن النبى ﷺ قال: «لما قتل حمزة ومثل به لئن ظفرت بهم لأمثلن سبعين رجلاً منهم»، وفى رواية: «والله لأمثل سبعين رجلاً منهم»، فأنزل الله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ﴾، فصير رسول الله ﷺ وكفر عن يمينه، وقوله: ﴿فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ يدل على المماثلة فيما قالوه زيادة عليها.

وأما حديث اليهودى فما فعله ﷺ به كان على طريق السياسة؛ لأن اليهودى كان مشهوراً بذلك، فأمر عليه السلام برضخه لك من ساعياً فى الأرض بالفساد لا بطريق القصاص يدل عليه ما روى مسلم: «أنه عليه السلام أمر برجم اليهودى حتى مات»، والرجم يصيب الرأس وغيره. (شرح النفاية)

(٥) قوله: "مكاتب" هنا مسألتان حكمهما والاقتصاص عند الشيخين، وعند محمد الاقتصاص فى الثانية عدمه فى الأولى، أما الأول فهى أن مكاتباً قتله رجل عمداً، وترك المكاتب مالا، بقى ببدل الكتابة، ولم يكن له وارث إلا سيده، فقال الشيخان: يقتص، وقال محمد رحمه الله لا أرى فيه قصاصاً؛ لأن سبب الاستحقاق هنا، قد اختلف على التقديرين؛ لأن المولى يستحقه بالولاء إن مات حراً، وبالمملك إن مات عبداً، فأشبه الحال، فلا يستحق؛ لأن اختلاف السبب كاختلاف المستحق، فيسقط أصلاً، كما إذا كان له وارث غير المولى.

ولهما أن المولى هو المستحق للقصاص على التقديرين بيقين، وهو معلوم، والحكم أيضاً متحد ومعلوم، فلا يفضى اختلاف سبب إلى المنازعة، ولا إلى اختلاف حكم، فلا يفضى مجرد اختلاف السبب؛ لأن السبب لا يراد لذاته، وإنما يراد لحكمه، وقد حصل، والثانية وصى.

وإذا لم يترك مالا يفى ببدل كتابة، والمسألة بحالها، وحكمها بالاقتصاص عندهم جميعاً؛ لأنه مات رقيقاً الانفساخ والكتابة لموته، لا عن وفاء، فظهر أنه قتل عبداً عمداً، فيكون اقتصاص للمولى، بخلاف معتق البعض إذا قتل، ولم يترك وفاء حيث لا يجب القصاص؛ لأن العتق فى البعض لا يفسخ بموته عاجزاً؛ ولأن الاختلاف فى أنه يعتق كله أو بعضه ظاهر، فاشتبه المستحق، فأورث ذلك شبهة كالمكاتب، إذا قتل عن وفاء.

وقوله: أو لم يترك وفاء وله وارث اشتراط الوارث وقع اتفاقاً، فإنه إذا لم يكن له وارث أيضاً الحكم كذلك لموته رقيقاً، أو ذكر ذلك لبينه على أنه لا فرق بين أن يكون له وارث، أو لم يكن

حالية غير المولى ^{المكاتب الذى قتل عمداً غير المولى} لم يترك وفاءً، وله وارث يقتص ^(١)، وإن ترك وفاءً ووارثاً لا ^(٢)،
وإن قُتل عبد الرهن لا يقتص ^(٣) حتى يجتمع ^(٤) الرهن،
والمرتهن ولا ب ^(٥) المعتوه القود والصلح لا العفو بقتل وليه،
والقاضى كالأب ^{عند عدم الأب} ^(٦) والوصى ^(٧) يصلح فقط ^(٨)، والصبى

له بخلاف المسألة الأولى. (الزيلي بحذف وزيادة)

(١) أى يؤخذ القصاص عن قاتله.

(٢) قوله: "لا [أى لا يقتص بالإجماع]" أى لا يقتص، وهذا بالإجماع، وإن اجتمع المولى والوارث لاشتباه من له الحق؛ لأنه إن مات حرّاً، كما قال على وابن مسعود: لا قصاص، فصارت وإن مات عبداً، كما قال زيد بن ثابت: فالقصاص للمولى. (الزيلي)

(٣) قوله: "لا يقتص" لأن المرتهن أملك له فلا يليه، والرهن لو تولاها لبطل حق المرتهن فى الدين، فلا بد من حضوره ليسقط حق برضاه، واستيفاء المرتهن دينه، وإن تم بهلاك لكنه غير مستقر لاحتمال العود، أما بالصلح أو بدعوى الشبهة فى القتل فيصير خطأ. (الكشف)

(٤) فإن اجتمع كان للرهن أن يستوفى القصاص، وقيل: لا يثبت القصاص إن اجتمعا.

(٥) قوله: "ولأب" يعنى إذا قتل رجل قريب للمعتوه، فلولى المعتوه استيفاء القصاص، وله أن يصلح على مال، وليس له أن يعفو، أما القتل فلأن القصاص شرع للتشفى ودرك الثاء، وكل ذلك راجع إلى النفس، ولأبيه ولاية على نفسه، فيليه كالإناكاح بخلاف الأخ وأمثاله حيث لا يكون لهم ولاية استيفاء قصاص وجب للمعتوه؛ لأن الأب لو فور شففته جعل التشفى الحاصل له، كالحاصل للأبن، ولهذا يعد ضرر ولده ضرراً على نفسه، بخلاف الأخ والعم، وأما الصلح فلأنه أنفع له من الفور، فلما ملك الفور، وكان الصلح بطريق الأولى، وهذا إذا صالح على قدر الدية، وأكثر منه، وإن صالح على أقل منه لا يصح، وتجب الدية كاملة، وأما العفو فلأنه إبطال لحقه لا عوض ولا مصلحة، فلا يجوز. (الزيلي والتكملة)

(٦) قوله: "كالأب" هذا فى الصحيح، حتى يملك الاستيفاء فى النفس، وفيما دون النفس؛ لأن له ولاية فى النفس والمال جميعاً. (الشلبى بزيادة)

(٧) لأن السلطان ولى من لا ولى له، والقاضى مثله.

(٨) قوله: "فقط" يعنى ليس له القود، ولا العفو، أما القود فلأنه من باب الولاية على النفس حتى لا يملك تزويجه، وأما العفو فلأن الأب لا يملكه فالوصى أولى. (العيني)

لثبوت الولاية النفسية عليه

القصاص

كالمعتوه، وللكبار^(١) القود قبل كبر الصغار، وإن^(٢) قتله
بمر^(٣) يقتص إن أصابه الحديد، وإلا^(٤) كالخنق^(٥) والتغريق، ومن

(١) قوله: "وللكبار" يعنى إذا كان القصاص مشتركاً بين الصغار والكبار، بأن قتل لهم جاز للكبار أن يقتلوا القاتل قبل أن يبلغ الصغار، سواء كان الكبير ولياً للتصرف فى مال الصغير أو لم يكن، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله، وبه قال مالك وأحمد فى رواية، والليث بن سعد وحمام بن سليمان والأوزاعى، وقال أبو يوسف ومحمد: إذا لم يكن الكبير ولياً للتصرف فى مال الصغير لا يستوفى حتى يدرك الصغير؛ لأن القود مشترك بين الكبير والصغير، ولا ولاية للكبير على الصغير حتى يستوفى حقه، ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزى، فتعين التأخير إلى بلوغ الصبى، كما لو كان معهما كبير غائب.

ولأبى حنيفة رحمه الله أن علياً كرم الله وجهه لما أصابه ابن ملجم قال فى وصيته: أما أنت بأحسن وإن شئت أن تعفو فاعف، وإن شئت أن تقتص فاقتص بضربة واحدة، إياك والمثلة، فلما مات على قتل به، وفى ورثته صغار منهم العباس، وكان عمره أربع سنين.
ولأن احتمال العفو معدوم فى الحال، وموهوم فى الاستقبال، فتأخيره ربما يؤدى إلى المحال، وأما الكبير الغائب فينظر لقرب توقع الوصال.

ولو كان الكبير ولياً للصغير له التصرف فى ماله، كالأب والجد له أن يستوفى قبل أن يبلغ الصغير باتفاق أصحابنا، ولو كان ولياً لا يتصرف فى المال، كالأخ والعم، فعلى الخلاف. (شرح النقاية والزيلعى ومحمد إعزاز على غفر له)

(٢) قوله: "وإن" يعنى إن قتل أحد أحداً بمر، فإن أصابت المقتول حديدته، يؤخذ بالقود، وإلا فلا، فإن فى الأول سبباً ظاهراً للجرح، وفى الثانية الآلة غير جارحة، وهذا من القتل بالمثل، وكذا إن غرق أحد أحداً، أو خنقه، يعنى لا يقتص عند أبى حنيفة خلافاً لهما، لوجود القتل بغير حق، وهو مذهب الشافعى، وله أن القصاص يتعلق بالعمد المحض، وهو أن يقتل بالآلة جارحة تعمل فى نقض البينة ظاهراً وباطناً، ولم يوجد، والقود يستوفى بالسيف، وفيه جرح الظاهر والباطن فلا يتمثالان. (عز)

(٣) قوله: "بمر" المر -بافتح- المسامة، وقيل مقبضها، وقال العينى: بفتح الميم وتشديد الراء، وهو خشبة طويلة فى رأسها حديدة عريضة من فوقها خشبة عريضة يضع الرجل رجله عليها، ويحفر بها الأرض، بالفارسية بينل. (عز)

(٤) لا يقتص، أى وإن لم يصبه الحديد، بل قتله بظهر المر.

(٥) يعنى كما لا يقتص فى الخنق إذا خنق شخصاً.

رجل أى عمدًا أى لم يزل صاحب فراش من الجرح^(١)
 جرح رجلاً عمدًا، فصار ذا فراش، ومات يقتص^(١)،
 بأن شج نفسه بأن شجبه بأن لدغه
 ومن مات بفعل نفسه وزيد وأسد وحية ضمن
 في ماله إن كان عمدًا، وعلى عاقلته إن كان خطأ
 زيد ثلث^(٢) الدية.

ومن شهر على المسلمين سيفًا وجب^(٣) قتله،
 يعنى إن قتله لحد لا شىء عليه
 ولا شىء بقتله، ومن شهر على رجل سلاحًا ليلاً، أو نهارًا
 أى خارج المصر أى فى الليل أى فى النهار
 فى المصر أو غيره، أو شهر عليه عصا ليلاً فى مصر، أو نهاراً
 أى خارج المصر أى الشاهر من القصاص والدية
 فى غيره، فقتله المشهور عليه، فلا شىء^(٤) عليه، وإن شهر

(١) قوله: "يقتص" لأن الجرح سبب ظاهر لموته، فيحل الموت عليه ما لم يوجد ما يقطعه، كنحر البرء منه. (الزيلعى)

(٢) قوله: "ثلث" لأن فعل دود الحية جنس واحد؛ لكونه هدرًا فى الدنيا والأخرى، وفعل الشخص بنفسه جنس آخر؛ لكونه هدرًا فى الدنيا دون العقبى، حتى يأنم بالإجماع، وفعل زيد جنس ثالث؛ لكونه مؤاخذاً فى الدنيا والآخرة، فيكون التالف بفعل زيد ثلثه، فيجب عليه ثلث الدية.

وقال الشافعى وأحمد رحمه الله فى قول: إن كان فعل زيد عمدًا يجب عليه القود من قتل نفسه، يغسل ويصلى عليه عند أبى حنيفة، وعن أبى يوسف يغسل ولا يصلى عليه؛ لأنه باغ على نفسه. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "وجب" لقوله عليه الصلاة والسلام: «من شهر على المسلمين سيفًا فقد حل دمه»، أى أهده؛ ولأن دفع الضرر واجب فوجب عليهم قتله إذا لم يكن دفعه إلا به، ولا شىء بقتله؛ لأنه باغ سقطت عصمته ببغيه، فلم يلزم على القاتل قصاص ولا دية ولا كفارة، ولا يختلف بين أن يكون بالليل أو بالنهار فى مصر أو غيره. (المجمع)

(٤) قوله: "فلا شىء" لما روى أحمد فى "مسنده"، والحاكم فى "مستدركه"، وقال: صحيح على شرط الشيخين، من حديث سليمان بن بلال عن علقمة بن أبى علقمة عن أمه عن عائشة قالت: سمعت رسول الله ﷺ يقول: من أشار بحديدة إلى أحد من المسلمين يريد قتله وجب قتله.

وما أخرجه مسلم فى الإيمان عن سلمة بن الأكوع عن النبى ﷺ أنه قال: «من سلّ علينا

لإمكان دفعه بالغوث أى بالشاهر

عليه عصا نهاراً فى مصر، فقتله المشهور عليه قتل به، وإن

شهر المجنون على غيره سلاحاً، فقتله المشهور عليه عمداً

تجب^(١) الدية، وعلى هذا الصبى^(٢) والدابة^(٣)، ولو^(٤) ضربه

أى شاهر السلاح بعد الضرب أى المشهور عليه بعد الانصراف وهو المشهور عليه المضروب

الشاهر، فانصرف فقتله الآخر، قتل القاتل، ومن دخل عليه

فليس منها، وفيهما عن أبى موسى نحوه، ورواه النسائي من حديث ابن الزبير والحاكم فى "المستدرک" عن معمر مرفوعاً من شهر سيفاً ثم وضعه قدمه هدر.

ولأنه باغ بفعله فتسقط عصمته؛ ولأن القتل تعين طريقاً لدفع فعله؛ لأن السيف لا يلبث، فيحتاج فى دفعه إلى القتل والعصا، وإن كان يلبث إلا أنه فى الليل لا يلحقه الغوث إلا أنه فى الليل لا يلحقه الغوث، وكذا فى النهار فى مصر، فكان دمه هدر، حتى لو أمكن دفعه بطريق آخر لا يسعه قتله. (شرح النقاية)

(١) قوله: "تجب" وقال مالك وأكثر وأهل اعلم لا شىء فى الكل؛ لأنه قتله وقعاً عن نفسه، فكان كقتل الشاهر المكلف؛ ولأنه محمول على قتله بسبب فعله، وهو شهر السلاح والصول، كما إذا أكره رجل آخر بأن قال له: لا تقتلنك فلائناً فقتله المكره، حيث لا يجب عليه شىء.

ولنا أن فعل الصبى والمجنون والدابة غير متصف بالحرمة لعدم الاختيار الصحيح منهم، فلا تسقط العصمة، ولذا لا يجب القصاص على الصبى والمجنون إذا قتلا، ولا الضمان إذا قتلت الدابة، ومقتضى هذا أن يجب القصاص على المشهور عليه إذا قتلهما؛ لأنه قتل نفساً معصومة إلا أن الدية وجبت لوجود المبيع، وهو دفع الشر. (شرح النقاية)

(٢) إذا شهر على غيره سلاحاً، فقتله المشهور عليه عمداً، تجب الدية عندهما، خلافاً لأبى يوسف والشافعى رحمهما الله.

(٣) إذا صالت على إنسان فقتلها، يجب عليه الضمان عندنا.

(٤) قوله: "ولو" معناه إذا شهر رجل على رجل سلاحاً فضربه الشاهر، فانصرف ثم إن المضروب وهو المشهور عليه ضرب المضارب وهو الشاهر فقتله، فعليه القصاص؛ لأن الشاهر لما انصرف بعد الضرب عاد معصوماً مثل ما كان؛ لأن حل دمه كان باعتبار شهر وضرب، فإذا انكف على وجه لا يريد ضربه ثانياً، اندفع شره، فلا حاجة إلى قتله لاندفاع شره بدونه، فعادت عصمته، فإذا قتله بعد ذلك فقد قتل شخصاً معصوماً ظلماً، فيجب عليه القصاص. (الزيلعى)

غيره، فأخرج السرقة، فأتبعه فقتله، فلا شيء^(١) عليه.

باب القصاص فيما دون النفس^(٢)

واصل بما قبله

يقتص^(٣) بقطع اليد من المفصل، وإن كان يد القاطع

أى وكذا الأذن

إذا قطعه شخص يقطع منه

أكبر^(٤)، وكذا^(٥) الرجل ومارن^(٦) الأنف^(٧) والأذن والعين إن

(١) قوله: "فلا شيء" وكذا لو قتله قبل الأخذ إذا قصد أخذ ماله، ولم يتمكن من دفعه إلا بالقتل؛ لما فى البخارى مرفوعاً: «من قتل دون ماله فهو شهيد»؛ ولأنه يباح قتله دفعاً فى الابتداء، فكذا استرداداً فى الانتباء، وهذا إذا لم يتمكن من الاسترداد إلا بالقتل. (الكشف وحاشيته ملخصاً)

(٢) ما ذكر القصاص فى النفس شرع فى القصاص فيما دونها؛ لأن الجزء يتبع الكل فى الحكم.

(٣) قوله: "يقتص" إلى قوله: المماثلة لقوله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ أى ذو القصاص، ولقوله: ﴿السِّنَّ بِالسِّنِّ﴾، والقصاص يبنى على المماثلة، فكل ما أمكن رعاية المماثلة فيه يجب القصاص، وما لا فلا، وقد أمكن فى هذه الأشياء التى ذكرها، ولا معتبر بكبر العضو؛ لأنه لا يوجب التفاوت فى المنفعة.

ويمكن رعاية المماثلة فى العين إذا ضربت وذهب ضوءها وهى قائمة بأن تحمى لها المرأة، ويجعل على وجهه قطن رطب، وتسد عينه الأخرى، ثم تقرب المرأة من عينه، بخلاف ما إذا انقلعت حيث لا يقتص منه لعدم إمكان رعاية المماثلة، وكانت هذه الحادثة وقعت فى زمن عثمان رضى الله عنه، فشاور الصحابة رضى الله عنهم، فقال على: يجب القصاص، فتبين إمكان الاستيفاء بالطريق الذى ذكرناه.

ثم هنا لم يعتبر الكبير والصغير فى العضو، حتى أجرى القصاص فى الكل باستيفاء الكل، واعتبره بالشجرة فى الرأس إذا كانت استوعبت رأس المشجوج، وهى لا تستوعب رأس الشاج، فأثبت للمشجوج الخيار، إن شاء أخذ الأرض وإن شاء اقتص، وأخذ بقدر شجته، وإنما كان كذلك لأن ما يلحقه من الشين أكثر؛ لأن الشجرة المستوعبة لما بين قرينته أكثر شيئاً من الشجرة التى لا تستوعب بين قرينة، بخلاف قطع العضو، فإن الشين فيه لا يختلف، وكذا منفعة لا تختلف، فلم يكن له إلا القصاص لوجود المساواة فيه من كل وجه (ز)

(٤) من يد المقتوع، أراد أن من قطع يد غيره من المفصل قطعت يده منه، أشار بذلك إلى أنه لا اعتبار لكبر اليد وصغرها.

(٥) أى وكذا الحكم فى الرجل إذا قطعت من المفصل.

حالية غير متحققة - أى نزعها أى لا يجب القصاص وصلية

ذهب ضوؤها وهى قائمة، ولو قلّعها لا والسن^(١)، وإن

أى وكذا الحكم وهى الموضحة فقط

تفاوتا^(٢)، وكل شجة يتحقق فيها المماثلة، ولا^(٣) قصاص فى

غير السن على القول بأنه عظم غير السن على القول بأنه عظم

عظم وطرفى^(٤) رجل وامرأة، وحرّ وعبد وعبدین، وطرف

أى شلان، فيجرى القصاص بينهما للتيادى فى الأرض

المسلم والكافر سيان، وقطع^(٥) يد من نصف الساعد، وجائفة

(٦) أى ما لان من الأنف، واحترز به عن القطبة .

(٧) إذا قطعه شخص يقطع منه .

(١) بالرفع عطف على "الرجل"، أى وكذا السن إذا قلعه شخص يقطع سنة .

(٢) أى من القالع ومن المقلوع .

(٣) قوله : "ولا" لقول عمر : إنا لا نقيّد من العظام، وقول ابن عباس : ليس فى العظام

قصاص، ونحوه عن الشعبي والحسن، ورواه ابن أبى شيبة فى "مصنفه"؛ ولأن المماثلة فيه متعذرة؛ لأنه إذا كسر موضع ينكسر موضع آخر .

واعلم أن الأطباء اختلفوا فى أن السن عظم طرف عصب يابس، فمنهم من أنكر أنه عظم؛ لأنه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة، ويلين بالخل، ومنهم من قال : إنه عظم، وميل الشيخ إلى الأول، فإنه أطلقه ولم يستثن السن، فعلى تقدير دخوله فى العظم لا حاجة إلى استثناءه، وعلى التقدير دخوله الفرق بين السن وبين سائر العظام ظاهر بإمكان المساواة بأن يبرد بالمبرد، ويقدر ما كسر منه (عز)

(٤) قوله : "وطرفى" أى لا قصاص فى الطرف بين رجل وامرأة ولا بين حرّ وعبد، ولا

بين عبدین، خلافاً لما لك والشافعى وأحمد وابن أبى ليلى فى جميع ذلك إلا فى الحر يقطع طرف العبد اعتباراً للأطراف بالأنفس، لكونه تابعة لها، وشرع القصاص فيها للإحاق بالأنفس، ففى كل موضع يجرى القصاص فى النفس يجرى فى الطرف، وما لا فلا .

ولنا أن الأطراف يسلك بها مسالك الأموال؛ لأنها وقاية للأنفس، كالأموال، وأنه لا معاملة بين طرف الذكر والأنثى، للتفاوت بينهما فى القيمة بتقويم الشارع، ولا بين طرف الحر والعبد لذلك؛ لأنه جعل قيمته يد الحر خمس مائة دينار، وقيمة يد العبد نصف قيمته، وهى لا تبلغ ذلك، ولا بين طرف العبدین لعدم امساواة بينهما باليقين، بل بالحرز والتخمين، بخلاف طرف الحرين؛ لأن استواءهما متيقن بتقويم الشارع، وبخلاف الأنفس؛ لأن القصاص فيها يتعلق بإزهاق الروح ولا تفاوت فيها . (شرح النقاية)

(٥) قوله : "وقطع [أى لا قصاص فى قطع . . . إلخ]" إلى الحشفة أى لا قصاص فى هذه

صاحبه
برأ منها^(١)، ولسان وذكر إلا أن تقطع الحشفة، وخير^(٢) بين
أى القصاص
القود والأرش إن كان القاطع أشل، أو ناقص الأصابع، أو كان
رأس الشاج أكبر^{من رأس المشجوج}.

فى الصلح وغيره

فصل^(٣)

لأخذه البدل

القاتل عدم عمد

وإن^(٤) صولح على مال وجب حالا، وسقط القود،

الأشياء لعدم إمكان مماثلة فيها؛ لأن فى القطع من نصف الساعد كسر العظم ويتعذر التساوى فيه،
إذ لا ضابط تسوفى الجائفة البرء نادر، فلا يمكن أن يجرح الثانى جائفة على وجه يبرأ منه، فلا
يكون أهلاكا، فلا يجوز، والذكر واللسان يتقضان وينبسطان، فلا يمكن اعتبار المماثلة فيهما إلا أن
يقطع من الحشفة؛ لأن موضع القطع معلوم، فصار كالمفصل. (الزيلعى)

(١) قيد به لأنه إذا مات منها يقتص.

(٢) قوله: "وخير" أما الأول وهو ما إذا كانت يد القاطع شلاء، أو ناقصة الأصابع، ويد
المقطوع صحيحة كاملة الأصابع، فلأن استيفاء حقه بكماله متعذر، فيخير بين أن يأخذون حقه فى
القطع، وبين أن يأخذ الأرش كاملا، كمن أتلف مثليا لإنسان، فانقطع عن أيدى الناس، ولم يبق
منه إلا رديئا، فإنه مخير بين أن يأخذ الموجود ناقصا، وبين أن يعدل إلى القيمة، ثم إذا استوفى
القصاص سقط حقه فى الزيادة.

وأما الثانى: وهو ما إذا كان رأس الشاج أكبر، بأن كانت الشجة استوعبت بين قرنى
المشجوج وهى تستوعبه بين قرنى الشاج؛ فلأن الشجة إنما كانت موجبة لكونها مشينية، فيزداد
الشين بزيادتهما، وفى استيفاء ما بين قرنى لاشاج زيادة على ما فعل، وباستيفاء قدر حقه لا يلحق
الشاج من الشين مثل ما يلحق المشجوج، فيخير كما فى الشلاء والصحيحة، ثم لو اختار القود يبدأ
من أى الجانبين شاء؛ لأن حقه فى ذلك المحل، فكان له أن يفعل.

وفى عكسه، وهو ما إذا كان رأس المشجوج أكبر يتخير أيضا لتعذر الاستيفاء كاملا؛ لما فيه
من الزيادة الشين. (الزيلعى بحذف)

(٣) قوله: "فصل" لما كان سقوط القصاص والصلح عنه بعد تحقق الجناية وأحكامها عقد
هذا الفصل لذلك لتمييز مسائله عما سبق بيانه من الجنايات بأنواعها. (المجمع)

(٤) قوله: "وإن" يعنى إذا صالح الأولياء على مال عن القصاص وجب المال المصالح
عليه قليلا كان أو كثيرا حالا، وإن لم يذكر، ولا الحلول والتأجيل؛ لأنه مال واجب بالعقد،
والأصل فى أمثاله الحلول، كالمهر والثلث.

المال المصالح به بأن كان مع الحر القاتل عبيد ساعده في القتل فأمر... إلخ
وينصف^(١) إن أمر الحر القاتل وسيد القاتل رجلا بالصلح عن
المأمور ذلك دمهما على ألف، ففعل فإن^(٢) صالح أحد الأولياء من حظه
عن القاتل من الأولياء على عوض، أو عفى فلمن^(٣) بقى حظه من الدية ويُقتل^(٤)

ومشروعية الصلح ثابتة بقوله تعالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ﴾، وقال ابن عباس رضي الله عنهما: نزلت هذه الآية في الصلح، وقوله عليه الصلاة والسلام: «من قتل له قتيلًا فأهله بين خيرتين، وبين أن يأخذوا المال وبين أن يقتلوا»، فالمراد أخذ المال برضا القاتل، وهو معنى الصلح.

ولأنه حق ثابت للأولياء، يجوز لهم التصرف فيه بإسقاطه مجانًا، وهو العفو وبعوض، وهو معنى الصلح، بخلاف حد القذف؛ لأن الغالب فيه حق الله، فلا يجري فيه العفو، فكذا التعويض.

وإنما كان القليل والكثير فيه سواء لأنه ليس فيه شيء مقرر شرعًا، فيفوض إلى رضاهما، كالخلع وبذل الكتابة والإعتاق على مال، بخلاف ما إذا كان القتل خطأ، فإنه لا يجوز الصلح بأكثر من الدية؛ لأنه دين ثابت في الذمة مقدر بقوله تعالى: ﴿وَدِيَّةٌ مَسْلُومَةٌ إِلَى أَهْلِهِ﴾، فيكون أخذ أكثر منه ربا. (المجمع)

(١) قوله: "وينصف" معناه لو كان القاتل حرًا وعبدًا، فأمر الحر القاتل ومولى العبد القاتل رجلا بأن يصلح عن دمهما على ألف درهم، ففعل المأمور فالألف على الحر ومولى نصفان؛ لأنه مقابل بالقصاص، وهو عليهما على السواء، فينقسم بدله عليهما على السواء؛ ولأن الألف وجب بالعقد، وهو مضاف إليهما، فيتصف موجه وهو الألف. (الزيلعي)

(٢) قوله: "فإن" تصوير المسألة إن زيدًا قتلته عمرو مثلاً وورثة زيد أبوه وأبناءه وزوجته، فصالح أبو المقتول عن حظه من القصاص، وهو السدس على عوض، أو عفا سقط القصاص وانقلب نصيب بقية الورثة مالا من الدية، ولم يبق لهم حق في القود.

وفي عكسه وهو ما إذا صالح أبناء المقتول وزوجته عن سهامهم من القصاص، ينقلب منهم الأب من القصاص مالا، وإن كل واحد منهم له التصرف بالاستيفاء، أو بالعفو بالصلح؛ لأنه خالص حقه، فإذا تصرف فيه بعفو، أو صلح فقد تصرف فيه، وسقط به حقه في القصاص، ومن ضرورة سقوط حقه في القصاص سقوط الباقي فيه؛ لأنه لا يتجزأ ثبوتًا، فكذا سقوطًا، وإذا سقط انقلب نصيب من لم يعف مالا؛ لأن القصاص امتنع لمعنى في القاتل، وهو ثبوت عصمة بعفو البعض، فيجب المال، كما في الخطأ حيث امتنع فيه القود لمعنى في القاتل، وهو كونه مخطئًا. (شرح النقاية)

(٣) أي فالواجب لمن... إلخ.

الجمع بالفرد، والفرد^(١) بالجمع اكتفاءً، فإن حضر^(٢) من أولياء المقتول واحد قُتل له، وسقط حق الباقي^(٣)، كموت القاتل.

(٤) قوله: "ويقتل" وهو قول مالك والشافعي وأحمد وأكثر أهل العلم من الصحابة، وقال ابن الزبير والزهرى وغيرهما: لا يقتلون به، وتحب الدية عليهم؛ لأن مفهوم النفس بالنفس أن لا يقتل بالنفس الواحدة أكثر من واحدة، ولأن في القصاص تحب المساواة، ولا مساواة بين العشرة والواحد.

ولنا ما روى محمد بن الحسن في "الموطأ"، والشافعي في "مسنده" كلاهما عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قتل نفراً خمسة أو سبعة برجل قتلوه عيلة، وقال: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم؛ ولأن زهوق الروح لا يتجزأ. واشترك الجماعة فيما لا يتجزأ، يوجب التكامل لكل واحد منهم كولاية الإنكاح. (الشرح بحذف)

(١) قوله: "والفرد" أى يقتل الفرد إذا قتل جماعة، ويكتفى بذلك، قال شارح النفاية: "وكان الأولى أن يقول كالعكس، إذ لا خلاف فيه، وقال الزيلعي: قال الشافعي رحمه الله: يقتل بالأول منهم إن قتلهم على التعاقب، ويقضى بالدية لمن بعده فى تركته؛ لأن العاقلة لا تعقل العمد.

وإن قتلهم جميعاً معاً، أو لم يعرف الأول منهم، يقرع بينهم، ويقضى بالقول لمن خرجت له القرعة، وبالدية للباقيين، وفى قول: قتل لهم جميعاً، وتقسم الديات بينهم؛ لأن الموجود منه قتلات، وما يتحقق فى حقه قتل واحد، فلا تماثل، وهو القياس فى الفصل الأول، إلا أنا تركناه بما ذكرنا على ما بينا.

ولنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال، فحصل التماثل، ألا ترى أن الواجب فى الفصل الأول، وهو ما إذ قتل جماعة واحداً القصاص، ولو لا أن التماثل ثابت لما وجب القصاص، وهذا لأن المثل اسم مشترك، فمن ضرورة كون أحد الشئيين مثلاً للآخر أن يكون الآخر مثلاً له كاسم الأخ والزوج، فوجوب القصاص فيه دليل على أنه مثل له، إذ هو لا يجب فى كل موضع يتعذر اعتبار الماثلة فيه ككسر العظم، أو يتوهم عدم الماثلة فيه، كالجائفة، فإن الثانى لما توهم موته باعتبار الغالب امتنع القصاص. (عز)

(٢) قوله: "فإن حضر" أى إذ حضر أولياء واحد من المقتولين قتل لهم، وسقط حق أولياء بقية المقتولين، كما يسقط بموت القاتل حتف أنفه لفوات محل الاستيفاء، فصار كموت العبد الجانى، وفيه خلاف الشافعي؛ لأن الواجب عنده أحدهما على ما بينا، فإذا فات أحدهما تعين الآخر، كمن قال لأمريته: إحداكما طالق، أو قال لعبديه: أحكما حر، فمات أحدهما، تعين الآخر لفوات المحل. (الزيلعي)

(٣) يعنى إذا مات القاتل حتف أنفه، سقط حق الأولياء المقتول بلا خلاف.

أى القاطعان أى دية اليد المقطوعة

ولا^(١) يُقطع يد رجلين بيد واحد، وضمناً^(٢) ديتها، وإن

أى يمين القاطع .

قطع واحد يميني رجلين، فلهما قطع يمينه، ونصف^(٣) الدية^(٤)،

عن الرجلين . للحاضر أى يد القاطع أى على القاطع

فإن حضر واحد وقطع يده، فلآخر^(٥) عليه نصف الدية، وإن

(١) قوله : "ولا" أى لا تقطع يدا الرجلين بيد قطعهاها بأن أخذنا سكيناً وأمرأها على يد من جانب واحد حتى انقطعت، وهو قول الثوري والزهرى والحسن، وعليهما نصف الدية؛ لأنه دية اليد الواحدة، فيضمنان ديتها في مالهما؛ لأننا تيقنا أن كل واحد منهما قاطع للنصف، الفعل عمداً .

وقال مالك والشافعى وأحمد وإسحاق وأبو ثور : تقطع يداهما، وأما لو وضع أحدهما سكيناً من جانب، والآخر من جانب آخر، وأمر حتى التقى السكينان، لا يجب القصاص اتفاقاً . (شرح النقاية)

(٢) قوله : "وضمناً" أى ضمن القاطعان دية المقطوعة؛ لأن التلف حصل بفعلهما ليجب عليهما نصف الدية، على كل واحد منهما الربع، فيجب من مالهما؛ لأن العاقلة لا تتحمل العمد . (الزيلعى)

(٣) قوله : "نصف" أى نصف دية النفس، وهو تمام دية يد واحدة، إذ ليس في الطرف الواحد وفاء بحقهما، وإن حضرا، ولعل ذلك لأن الأطراف كالمال، فلو أنه أتلّف لكل منهما مالا، ثم أدى لهما مقدار مال الآخر، فكذا هنا وجب عليه يدان، ويده إنما توفي حق أحدهما، فإذا حضرا، فقد استوفيا قدر حق أحدهما، فعليه قدر حق الآخر بينهما، بخلاف النفس لأنها لا تعتبر بالأموال، فينزل كل من الحاضرين مستوفياً تمام حقه، ولم يبق لحق الآخر محل .

ولأن الفعل في الطرف يتجزأ الإمكان قطع بعض العضو دون بعضه الآخر، فيتجزأ اقتصاصه، فالقصاص الذى وقع فى حضورهما تناصف بينهما أيضاً لأن لكل ذى حق حقها لقدر الممكن، وبقي لكل منهما نصف القصاص، فباستيفاء أحدهما بعض اليد قصاصاً لم يبق ذلك البعض محلاً لاستيفاء باقى حق الآخر، وقد أوفى به الجانى حقاً مستحقاً عليه، فوجب عليه بدله، كمن قضى دينه بدراهم غيره، بخلاف النفس؛ لأن الفعل فيها لا يوصف بالتجزى؛ لأنه تصرف فى الروح بإزهاقه، ولا يتصور انزهاق بعضه دون البعض . (الكشف)

(٤) أى حضرا معاً سواء كان القطع جملة واحد أو على التعاقب .

(٥) قوله : "ولآخر" لأن للحاضر أن يستوفى الثبوت حقه بلا مزاحمة الآخر، وتردده حق الغائب، فعسى أن لا يحضر، وإن حضر فعسى أن يعفو، أى استوفى لم يبق محل الاستيفاء، فتعين حق الآخر فى الدية؛ لأنه أوفى به حقاً مستحقاً عليه، فتقوم عليه، بخلاف النفس، فإنه وإن أوفى بهما حقاً مستحقاً عليه، لكن لا يمكن جعلها سائمة له بعد موته حتى تقوم عليه، وفى الطرف

مأذون أولاً ولو أقر بالخطأ لم يجز إقراره^(١) به، وإن رمى رجلاً عمداً، فنفذ
أى من الذى أصابه السهم الرسمى لأنه عيّد لأنه أحد نوعى الخطأ، وهو الخطأ فى الفعل
السهم منه إلى آخر يقتص للأول وللثانى الدية.

فى تعدد الجنائية

فصل

ومن^(٢) قطع يد رجل ثم قتله أخذ بالأمرين، ولو
أى بالقطع والقتل. بلا تداخل

يمكن ذلك، فيقوم عليه، وهذا لأن النفس أصل، فإذا فاتت لا يبقى شيء حتى تعتبر النفس باقيةً
يتبع بقاءه، فتعتبر سالمة له، بخلاف الطرف؛ لأن أصله النفس، فتعتبر باقى يتبع بقاءها، فيعتبر
سالماً. (الكشف)

(١) قوله: "يقتص" خلافاً لـ زفر لما فيه من إبطال حق المولى، فصار كالإقرار، ولنا أن
إقراره صحيح؛ لأنه غير متهم فيه؛ لأنه مضر به؛ ولأن العبد مبقى على أصل الحرية فى حق الدم
عملاً بالآدمية حتى لا يصح إقرار المولى عليه بالحدود والقصاص، وبطلان حق المولى بطريق
الضمن، فلا يبالى به. (الكشف)

(٢) قوله: "ومن" ومعنى هذا إذا قطع يده ثم قتله يجب عليه موجب القتل، وموجب
القطع إذا كانا عمدين، أو أحدهما عمداً والآخر خطأ، أو كانا خطأين، وتخلل بينهما برء، لا فى
الخطأين لم يتخلل بينهما برء، فتجب فيه دية واحدة، الصور ثمان: لأن الفعلين إما أن يكونا
عمدين، أو خطأين، أو مختلفين، والعمد مقدم، والخطأ أربع، وعلى كل إما أن يتخلل بينهما برء
أولاً، فالحكم للتداخل فى خطأين لم يتخلل بينهما برء بالإجماع، والجمع فى البقية بالإجماع إلا
فى عمدين لم يتخلل بينهما برء، فإنهما يجمعان عند أبى حنيفة رحمه الله، ويتداخلان عندهما.
والأصل فيه أن التداخل بين الجراحات واجب ما أمكن فإن انتفى المانع، وهو تتخلل البرء،
والاختلاف أو المراد الاختلاف عمداً وخطأ؛ لأن القتل فى الأعم يقع بضربات متعاقبة، وفى
اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الجرح، إلا أن لا يمكن التداخل، فيعطى كل واحد حكم نفسه، وقد
تعذر التداخل فى هذه الفصول.

أما فى المختلفين فلاختلاف الحكم قصاصاً ودية فى صورهما الأربع، وفى المتحدنين لتخلل
البر حتى لو لم يتخلل بينهما برء عندهما، وعند أبى حنيفة لا يتداخلان، والولى بالخيار: إما أن
يقطعه ثم يقتله، أو يكتفى ثم يقتله، أو يكتفى يقتله لتعذر التداخل؛ لأن الجزء (أى فى الجنائية يقطع
إضافة السراية إلى القطع حتى لو صدرا من شخصين يجب القود على الجز - أى على الجواز دون
القاطع، فلو لم يكن الجز قاطعاً لوجب القود عليهما - فصار كتخلل البرء. (الكشف)

أى ولو كان القتل والقطع عمدين ^{بين القتل والقطع}
 عمدين، أو خطأين^(١)، أو مختلفين^(٢) يتخلل بينهما برئ،
 أى أو لم يتخلل بينهما برء ^{أى أو لم يتخلل بينهما برء}
 أو لا إلا^(٣) فى خطأين لم يتخلل بينهما برء، فتجب دية
 واحدة، كمن^(٤) ضربه مائة سوط، فبرء من تسعين ومات من
 عشره، وإن^(٥) عفى المقطوع عن القطع، فمات ضمن القاطع
 فى ماله إن كان عامداً ^{من ذلك}
 الدية، ولو عفى عن القطع وما يحدث عنه أو عن الجناية
 أى لا يضمن القاطع شيئاً

(١) أى أو يؤخذ بالأمرين أيضاً، وهم الديتان لو كانا خطئين .

(٢) أى أو يؤخذ بالأمرين أيضاً، وهما القتل والدية، ولو كان بأن القطع والقتل
 مختلفين، بأن قطع يده عمداً، ثم قتله خطأ، أو بالعكس، ثم قتله عمداً . (العينى)

(٣) استثناء من قوله: أخذ بالأمرين، فلا يؤخذ فيه إلا بالدية لا غير .

(٤) قوله: "كمن" يعنى يجب فيه دية واحدة، كما إذا كان القطع والقتل خطأين، ولم
 يتخلل بينهما برء، وإنما كان كذلك؛ لأن الضربات التى برء منها، ولم يبق لها، أو سقط أرشها
 لزوال الشين، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وعن أبى يوسف رحمه الله فيها حكومة
 عدل، وعن محمد رحمه الله أنه يجب فيه أجرة الطبيب ومن الأدوية، ونأتى المسألة بأدلتها فى
 فصل الشجاج إن شاء الله تعالى .

ولو بقى لها أثر بعد البرء يجب موجه مع دية النفس بالإجماع؛ لأن الأرض يجب باعتبار
 الشين فى النفس، وهو بقاء الأثر . (الزيلعى)

(٥) قوله: "وإن" أى ومن قطعت يده عمداً، فعفا المقطوع عن القطع، فمات منه، أى
 من القطع، فعلى قاطعه الدية فى ماله عند الإمام؛ لأنه عفى عن القطع، وهو غير القتل، فلما
 سرى تبين أنه القتل لا القطع، فيجب ضمان القتل؛ لأن حقه فيه، هذا فى القياس إلا أن الدية
 وجبت استحساناً؛ لأن صورة العفو مورثة للشبهة .

وعندهما هو أى عفو المقطوع عن موجه وهو أحد الأمرين، هو القطع إن لم يسر، أو القتل
 إن سرى، وإن عفا المقطوع عن القطع، وما يحدث منه أى من القطع، أو عفا عن الجناية عمداً،
 فهو عفو عن النفس إجماعاً؛ لكون الجناية جنساً متناولاً للسارية والمقتصرة، ثم مات من ذلك لا
 شىء عليه . (المجمع)

أى لا يضمن القاطع شيئاً أى كان القطع خطأ، فالعفو معتبر من الثلث

لا، فالخطأ^(١) من الثلث، والعمد من كل المال، وإن قطعت

أو خطأً المقطوع يده بالسراية

امرأة يد رجل عمداً، فتزوجها على يده ثم مات، فلها^(٢)

أى تجب الدية على... إلخ أى وكان القطع خطأ

مهر مثلها^(٣)، والدية فى مالها وعلى عاقلتها لو خطأ، وإن

أى من اليد المقطوعة

تزوجها على اليد وما يحدث منها، أو على الجناية

لورثة المجنى عليه أى على المرأة

أى من القطع يعنى عن سراية

فمات منه، فلها مهر مثلها ولا شيء^(٤) عليها لو عمداً، ولو

(١) قوله: "والخطأ" أى إذا اعتبر العفو وهو فى الصورتين الأخيرتين عنده وفيهما، وفى الأولى عندهما، فالخطأ من الثلث، أى إذا كان القطع خطأ، فالعفو معتبر من الثلث والعمد من كل المال؛ لأن موجب العمد القود، ولم يتعلق به حق الورثة - أى لم يتعلق به حقهم قبل موته، وإنما ثبت لهم خلافة بعد الموت، بخلاف الدية؛ لأنه مال فتعلق حقهم قبل الموت - لما أنه ليس بمال. (الكشف وحاشيته)

(٢) قوله: "فلها" هذا عند الإمام؛ لأن العفو عن اليد أو القطع لا يكون عما يحدث منه عنده. ثم إن كان القطع عمداً، كأن تزوجها على القصاص فى الطرف، وليس بمال على تقدير الاستيفاء، فعلى تقدير السقوط أولى، فلا يصح للمهر، فيجب لها عليه مهر المثل.

فإن قيل: قد سبق أن القصاص لا يجرى بين الرجل والمرأة فى الطرف، فكيف يصح تزوجها عليه، أجيب: أن الموجب الأصلى للعمد هو القصاص لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ﴾، وإنما سقط لتعذر ثم تجب عليها الدية؛ لأن التزوج وإن تضمن العفو، لكن عن القصاص فى الطرف، فإذا سرى تبين أنه قتل، ولم يتناول العفو، فتجب الدية لعدم صحة العفو عن النفس، وهو فى مالها؛ لأنه عمد، والعاقل لا تحمله، فإذا وجبت له الدية، ولها المهر تقاصاً استويا، وإن فضلت الدية ترده على الورثة، وإن فضل المهر ترده الورثة عليها.

وإن كان القطع خطأ يكون تزوجها عن أرش اليد، وإذا سرى إلى النفس تبين أنه لا أرش لليد، وأن المسمى معدوم، فيجب مهر المثل، كما إذا تزوجها على ما فى يده، ولا شيء فيها، والدية واجبة بنفس القتل؛ لأنه خطأ، ولا تقع المقاصة؛ لأن الدية على العاقلة، قيل: ينبغي أن تقع المقاصة على القول المختار فى الدية، وهو عدم وجوبها على العاقلة، بل على القاتل. (المجمع)

(٣) قوله: "مهر مثلها" لأن هذا تزوج على القصاص وهو ليس بمال، فلا يصلح مهراً، فيجب مهر المثل، كما لو تزوجها على خمر أو خنزير. (الزيلعى)

(٤) قوله: "لا شيء" لأنه رضى بسقوط القصاص على أنه يصير مهراً، وهو لا يصلح مهراً، فسقط أصلاً، فصار كما إذا سقط القصاص بشرط أن يصير مالا، فإنه يسقط مجاًناً.

العاقلة

خطأ رفع^(١) عن العاقلة^(٢) مهر مثلها، ولهم ثلث ما ترك وصية^(٣)، ولو قطع^(٤) يده فاقتصص له، فمات الأول^(٥) قتل به، وإن^(٦) الولى الذى قتل فلاناً مثلاً الولى عن القاتل أى يد القاتل قطع يد القاتل، وعفى ضمن^(٦) القاطع دية اليد.

(الزيلعى)

(١) قوله: "رفع" قال فى "المنح": وإنما كان كذلك لأن الزوج على اليد وما يحدث منها، أو على الجنانية تزوج على موجبها، والدية موجبها هنا، وهى تصلح مهرًا، فصحت التسمية، إلا أن قدر مهر مثلها يعتبر من جميع المال؛ لأنه ليس فيه محاباة، والمريض لا يحجر عليه فى الزوج؛ لأنه من الحوائج الأصلية، فيسقط قدر مهر المثل من جميع المال، وما زاد على ذلك من الثلث؛ لأنه تبرع، والدية تجب على عاقلتها، وقد صارت مهرًا فسقط كلها عنهم إن كان مهر مثلها الدية أو أكثر، ولا ترجع عليهم بشيء؛ لأنهم كانوا يتحملون عنها بسبب جيايتها، فإذا صار ذلك ملكًا لها سقط عنهم قدر مهر مثلها، كما ذكرنا، وما زاد على ذلك ينظر، فإن خرج من الثلاثة سقط عنهم أيضًا؛ لأنه وصية لهم، فيصح لأنهم أجنب.

وإن كان لا يخرج من الثلث سقط عنهم قدر الثلث، وأدوا الزيادة إلى الولى؛ لأن الوصية لا نفاذ لها إلا من الثلث... اهـ. وفى جعله وصية للعاقلة تأمل، ولعله كأنه جعله لزوجه وصية، وهى ليست أهلاً لها؛ لأنها ولزنية، فصرفناه عنها إلى عاقلتها تصحيحًا للتصرف، وتخفيفًا عنهم، فإنهم إنما تحمّلوه بسببها. (الطحطاوى)

(٢) لأنهم يتحملون عنها، فمن المحال أن ترجع عليهم

(٣) نصب على التمييز أى من حيث الوصية.

(٤) قوله: "ولو قطع" أى لو أن رجلاً قطع يد رجل، فاقتصص له، فمات المقتوع الأول، قتل المقتوع الثانى، وهو القاطع قصاصًا؛ لأنه تبين أن الجنانية كانت قتلاً عمدًا، وحق المقتصص له فى القصاص فى النفس، واستيفاء القطع لا يوجب سقوط حقه فى القتل؛ لأن من له القصاص فى النفس إذا قطع طرف من عليه القصاص ثم قتله، لا يجب عليه شيء إلا أنه إذا أحرقه بالنار، لا يجب عليه شيء غير الإساءة، فإذا بقى له فيه القصاص، فورائه يقوم مقامه. (الزيلعى)

(٥) أى المقتوع الأول قبل المقتوع الثانى.

(٦) قوله: "ضمن [وهو الولى]" وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله، وقالوا: لا شيء عليه؛ لأنه قطع يده من نفسه لو أتلفها لا يضمن، كما لو قطع يد مرتد، ثم أسلم، ثم سرى، وهذا لأنه

باب^(١) الشهادة في القتل

أى لا يقتصر من أقاد يقيد إقادة أى بإقامة البينة

لا^(٢) يقيد حاضراً بحجة، إذا أخوه غاب عن

البينة أى الحاضر والغائب الذى حضر

خصومته، فإن يعد لا بد من إعادته ليقْتلًا، ولو خطأ^(٣)، أو ديناً

استحق إتلافه بجميع أجزائه، إذ الأجزاء تبع للنفس، فبطل حقه بالعفو فيما بقى، لا فيما استوفى.

ولأبى حنيفة رحمه الله أنه استوفى غير حقه، فيضمن، وهذا لأن حقه فى القتل لا فى القطع، وكان القياس أن يجب القصاص إلا أنه سقط للشبهة إذا كان أن يتلف الطرف تبعاً للنفس، وإذا سقط القود وجبت الدية، وإنما لم يضمن فى الحال لاحتمال أن يصير قتلاً بالسرابة، فظهر أنه استوفى حقه، وحقه فى الطرف ثبت ضرورة ثبوت حق القتل، وهذه الضرورة عند الاستيفاء لا قبله، فإذا وجد الاستيفاء ظهر حقه فى الطرف تبعاً، فتبين أنه استوفى غير حقه. (الزليلى ملخصاً)

(١) قوله: "باب" لما كانت الشهادة بالقتل أوردتها عقيب حكم القتل؛ لأنه لما تعلق، أو صار كالتابع له. (الشلبى)

(٢) قوله: "ولا" من هنا إلى قوله: إعادة بيت ونصفه أخذه الشيخ من المنظومة اختصار تنشيطاً للمتعلم، أى إذا قتل شخص وله وليان بالغان عاقلان حاضر وغائب، فأقام الحاضر البينة على القتل، ولا يقتل القاتل قصاصاً، فإن عاد الغائب، فليس لهما أن يقتلاه بتلك البينة، بل لا بد لهما من إعادة تلك البينة ليقْتلاه، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله، وقالوا: لا يعيد، ولو كان القتل خطأ، أو ديناً لا يعيدها بالإجماع.

لهما أن البينة متى أقامها من له الخصومة تكون معتبرة ملزمة، فلم يجب إعادتها بعد ذلك، وأحد الورثة ينتصب خصماً عن نفسه، وعن شركاءه فيما يدعى للميت، وعلى الميت كما فى دعوى الخطأ ودعوى المال.

ولأبى حنيفة أن القصاص غير موروث؛ لأنه يثبت بعد الموت للتشفى ودرك الثأر، والميت ليس من أهله، وإنما يثبت للورثة ابتداء بطريق الخلاف بسبب العقد للميت أن يقومون مقامه، فيستحقونه ابتداء من غير أن يثبت للميت، كالعبد يقبل الهبة يقع الملك فيها للمولى ابتداء بطريق الخلاف عنه، وإنما كان كذلك لأن القصاص ملك الفعل فى المحل بعد موت المجروح، ولا يتصور الفعل من الميت، ولهذا صح عفو الورثة قبل موت المجروح، وإنما يصح عفو المجروح؛ لأن السبب انعقد له، وفى قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوَلِيِّهِ سُلْطَانًا﴾ نص على أن القصاص يثبت للوراث ابتداء، بخلاف الدية والدين؛ لأن الميت أهل للمال. (الزليلى بحذف والتكملة)

(٣) أى لو كان القتل خطأ، أو كان المدعى ديناً لا يبينها على شخص، فأقام الحاضر بينة

بعد حضور الغائب أيضاً

لا، فإن^(١) أثبت القاتل عفو الغائب لم يقتل^(٢)، وكذا^(٣) لو قتل

أى عبد رجلين حالية

عبدهما، وأحدهما غائب، وإن شهد^(٤) وليان بعفو ثالثهما

شهادتهما أى الشاهدين الوليين فى العفو دون الولي المشهود عليه أى الشاهدين الوليين القاتل

لغت، فإن صدقهما القاتل، فالدية لهم أثلاثاً^(٥)، وإن^(٦) كذبهما

وهو الولي المشهود عليه أى الشاهدان أى أن فلائاً ضرب فلائاً

فلا شيء لهما، وللآخر ثلث الدية، وإن شهد أنه ضربه، فلم

عليه، ثم حضر الغائب، فلا يعيد البينة إجماعاً. (ع)

(١) قوله: "فإن" معناه أن القاتل لو أقام بينة أن الغائب قد عفا عنه كان الحاضر خصماً،

وسقط القصاص، ولا تعاد البينة لو حضر؛ لأنه ادعى حقاً على الحاضر، وهو سقوط حقه فى

القصاص، وانقلاب نصيبه مالا، ولا يتمكن من إثباته إلا بإثبات العفو من الغائب، فانتصب

الحاضر خصماً عن الغائب فى الإثبات عليه بالبينة، فإذا قضى عليه صار الغائب مقضياً عليه تبعاً.

(التكملة)

(٢) اختلف النسخ هنا، ففى بعضها كما فى المتن، وفى البعض لم يقدر - أى لم يقتص -

وهو الأصح عندنا، وفى بعضها لم يعد، أى لا تعاد البينة (عز)

(٣) قوله: "وكذا" أى لو كان عبد بين رجلين، فقتل عمداً، وأحد المولين غائب،

فحكمه مثل ما ذكرنا فى الوليين حتى لا يقتل ببينته أقامهما الحاضر من غير إعادته بعد عود الغائب.

ولو أقام القاتل البينة أن الغائب قد عفا، فالشاهد خصم، فيسقط القصاص لما بينه.

(الزيلعى)

(٤) قوله: "وإن شهد" أى إذا كان أولياء المقتول ثلاثة، فشهد اثنان منهم على الثالث أنه

عفا، فشهادتهما باطلة؛ لأنهما يجزان إلى أنفسهما نفعا، وهو انقلاب القود مالا، وهو عفو

منهما؛ لأنهما زعما أن القصاص قد سقط وزعمهما معتبر فى حق أنفسهما. (الزيلعى)

(٥) قوله: "أثلاثاً" لأنه بتصديقه إياهما أقر لهما بثلثى الدين، فيلزمه لكن يزعمون كلهم

أن نصيب الولي المشهود عليه قد سقط بعفوه، وهو ينكر، فلا يقبل قولهم عليه، ويحول نصيبه

أيضاً مالا، فوجب عليه كل الدية. (الزيلعى)

(٦) قوله: "وإن" أى إن كذبهما القاتل أيضاً بعد أن كذبهما الولي المشهود عليه بالعفو،

فلا شيء للولين الشاهدين؛ لأنهما بشادتهما عليه بالعفو أقر بطلان حقهما فى القصاص، فصح

إقرارهما فى حق أنفسهما، وادعيا انقلابه مالا، فلا يصدق دعواهما إلا ببينة، وللولى المشهود

عليه ثلث الدية؛ لأن دعواهما العفو عليه، وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو منهما فى حق المشهود

عليه، فينقلب نصيبه مالا؛ لأن سقوط القصاص مضاف إليهما، وإن صدقهما الولي المشهود عليه

وحده دون القاتل ضمن القاتل ثلث الدية للولى المشهود عليه؛ لأنه أقر له بذلك. (الزيلعى)

يزل صاحب فراشٍ حتى مات، يُقتص^(١)، وإن اختلف شاهد
القتل في الزمان^(٢)، أو المكان^(٣)، أو فيما به^(٤) القتل، أو قال
أحدهما: إنه قتله بعصاً، أو قال الآخر: لم أدر بما ذا قتله
بطلت^(٥)، وإن شهدا أنه قتله.

في ماله ثلاث سنين استحساناً

وقالا: لم ندر بما ذا قتله تجب^(٦) الدية، وإن^(٧) أقرّا أن كلا

(١) لأن الثابت بالنية كالثابت معاينة، وفي ذلك القصاص، ولا يحتاج الشاهدان أن
يقول: مات من جراحة.

(٢) بأن قال أحدهما: قتله يوم الخميس، وقال الآخر: يوم الجمعة.

(٣) بأن قال أحدهما: قتل في بيته، وقال الآخر: قتله في السوق.

(٤) كشهادة أحدهما بالقتل بالسيف، والآخر بالسكين.

(٥) قوله: "بطلت" لأن القتل لا يتكرر، فالقتل في زمان أو في مكان غير القتل في مكان
آخر، أو زمان آخر، وكذا القتل بألة غير القتل بألة أخرى، وتختلف الأحكام باختلاف الآلة،
فكان على كل قتل شهادة فرد، فلم يقبل.

ولأن اتفاق الشاهدين شرط للقبول، فلم يوجد، ولأن القاضي يتقن بكذب أحدهما
لاستحالة اجتماع، وذكرنا فلا يقتل بمثل، وكذا لو كمل النصاب في كل واحد منهما لتقن القاضي
بكذب أحد الفريقين، وعدم الأولوية بالقبول.

بخلاف ما إذا كمل أحد الفريقين دون الآخر، حيث يقبل الكامل منهما لعدم العارض،
وأما إذا بين أحدهما الآلة وقال الآخر: لا أدري بما ذا قتله؛ فلأن المطلق يغير المقيّد؛ لأنه معدوم
والمقيّد موجود فاختلفا، وكذا أيضاً حكمهما مختلف، فإن من قال: قتله عصا يوجب الدية على
العاقلة، ومن قال: لا أعلم على القاتل، فاختلف المشهود به فبطلت، وهو المراد بقوله: أو قال
أحدهما: قتله بعصاً، وقال الآخر: لم أدر بما ذا قتله.

وكذا لو شهد أحدهما بالقتل معاينة، والآخر على إقرار القاتل بذلك، كان باطلا
لاختلاف المشهود به، فإن أحدهما فعل، والآخر قول. (الزيلعي)

(٦) قوله: "تجب" استحساناً، والقياس بطلان هذه الشهادة؛ لأن القتل يختلف
باختلاف الآلة، فجهل المشهود به، وجه الاستحسان أنهم شهد، ويقتدر مطلق، والمطلق ليس
بمجمّل، فيجب الحل، بموجبه وهو الدية. (الكشف)

(٧) قوله: "وإن أقرّ أى إن أقرّ رجلان كل واحد منهما أنه قتل فلاناً، فقال الولي:

أى من الرجلین أى فلاناً

أى قتل المقرین

منهما قتله، وقال الولی: قتلتماه جميعاً، فله قتلها ولو

الشهادتان

وباقى المسألة بحالها

كان مكان الإقرار شهادة لغت.

باب فی اعتبار حالة القتل^(١)

تفریع علی ما قبله فی ماله

المعتبر حالة الرامی^(٢)، فتجب^(٣) الدية برودة المرمى إليه قبل

قتلتما جميعاً، فله أن يتنهما، وإن شهد آخران على رجل أنه قتله فلاناً، وشهد آخران على أنه قتله، وقال الولی: قتلتما جميعاً، بطلت الشهادة، وليس له أن يقتل واحداً منهما، وهو المراد بقوله: ولو كان مكان الإقرار شهادة لغت، والفرق بينهما أن كل واحد من الإقرار والشهادة ينبي أن كل القتل وجد من المقر، والمشهود عليه، ومقتضاه أن يجب القصاص عليه وحده؛ لأن معنى قوله: أنا قتلته انفرادت بقتله، وكذا قول المشهود وقلته فلان يوجب انفراده بالقتل، وقول الولی قتلتما جميعاً تكذيب لبعضه، حيث ادعى اشتراكهما فى القتل، فكأنه قال: لم ينفرد بقتله بل شاركه آخر، وهذا القدر من التكذيب يمنع قبول الشهادة؛ لادعاء قتلهم به دون الإقرار؛ لأن نسق المفتى لا يمنع صحة الإقرار.

ولو قال فى الإقرار: صدقتما ليس له أن يقتل واحدة منهما؛ لأن تصديقه كل واحد منهما يدعى الانفراد بالقتل، فتصديقه يوجب ذلك، فصار كأنه قال لكل واحد منهما: قتلته وحدك، ولم يشاركك فيه أحد، كما تقول، فيكون مقراً بأن الآخر لم يقتله، بخلاف الأول، وهو ما إذا قال: قتلتما، ولأنه دعوى القتل من غير تصديق لهما، فيقتلها بإقرارهما. (الزيلعى)

(١) لما كانت الأحوال صفات لذواتها ذكرها بعد القتل وما يتعلق به.

(٢) لأن الضمان يجب بفعله فلا فعل منه بعد الرمی.

(٣) قوله: "فتجب" أى إذا رمى رجل رجلاً مسلماً، فارتد المرمى إليه -والعياذ بالله- قبل وصول السهم إليه، ثم وقع السهم به يجب على الرامی الدية، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لا شىء عليه؛ لأن التلف حصل فى محل لا عصمة له، وإتلاف غير المعصوم هدر.

ولأبى حنيفة أن الضمان يجب بفعله، وهو الرمی، إذ هو الذى يدخل تحت قدرته دون الإصابة، ولا فعل له أصلاً بعده، فيصير قاتلاً بعد الرمی، والمرمى إليه متقوم فى تلك الحالة، ألا ترى أنه لو رمى إلى صيد وهو مسلم، ثم ارتد -والعياذ بالله-، فأصاب السهم الصيد وهو مرتد، فجرح الصيد ومات، حل له أكله، وكان القياس أن يجب القصاص لما ذكرنا، لكن فيه شبهة لسقوط العصمة فى حالة التلف، فتجب الدية (ز بحذف)

أى لا يجب شئ بإسلام المرمى إليه أى تجب القيمة بعد الرمي قبل الإصابة
 الوصول، لا^(١) بإسلامه، والقيمة^(٢) بعثقه، ولا يضمن^(٣)
 أى الشاهدين الوليين فى العفو قبل الإصابة أى أكله
 الرامى برجوع شاهد الرجم بعد الرمي، وحل^(٤) الصيد
 لا يحل بعد الرمي أى لا يجب الجزاء
 برودة الرامى لا بإسلامه، ووجب^(٥) الجزاء بحله لا بإحرامه.

(١) قوله: "لا" أى لا يجب إسلام المرمى إليه بأن رمى إلى حربي أو مرتد، فأسلم قبل الإصابة، ثم أصابه بعد ما أسلم، وهذا بالإجماع؛ لأن الرمي لا ينعقد موجباً للضمان لعدم تقوّم المحل، فلا ينقلب موجباً بصيرورته متقوّمًا بعد ذلك، وهذا كله يشهد لأبى حنيفة رحمه الله تعالى. (الزيلعي)

(٢) قوله: "والقيمة" معناه أن رجلاً لو رمى إلى عبد فأعتقه المولى بعد الرمي قبل الإصابة، ثم أصابه، فمات عنه لزمته قيمة عبد عند الشيخين؛ لأنه يصير قاتلاً من وقت الرمي، وقد كان هو مملوكًا فى تلك الحالة، فتجب قيمة عبد.
 وعند محمد عليه فضل ما بين قيمته مرمياً وغير مرمى؛ لأن توجه السهم عليه يوجب إشرافه على الهلاك حتى لو كانت قيمته قبل الرمي ألفاً، وبعده ثمان مائة، يلزم الرامى مئتان، وقال زفر: تجب عليه الدية؛ لأن الرمي يصير علة عند الإصابة، إذ علة الإلتلاف لا تصير من غير تلف يتصل به، وقد تلف به الحى. (الزيلعي والمجمع)

(٣) قوله: "ولا يضمن" معناه إذا قضى القاضى على رجل فرماه رجل، ثم رجع أحد النقمة بعد الرمي قبل الإصابة، ثم وقع عليه الحجر، فلا شئ على الرامى، لما أن الاعتبار حالة الرمي، وهو مباح الدم فيها. (الزيلعي)

(٤) قوله: "وحل" معناه إذا رمى مسلم صيداً فارتد قبل وقوع السهم بالصيد، حل أكله، ولو رماه وهو مجوسى، فأسلم قبل الوقوع لا يحل أن الاعتبار حالة الرمي فى حق الحل والحرمة. (الزيلعي)

(٥) قوله: "ووجب" أى لو رمى المحرم صيداً، فحل قبل الإصابة، ثم أصابه وجب عليه الجزاء، وإن رماه وهو حلال، فأحرم قبل الإصابة، فوقع على الصيد وهو محرم لا يجب عليه الجزاء؛ لأن الجزاء يجب بالتعدى، وهو الرمي فى حالة الإحرام، ووجد ذلك فى الأول دون الثانى، والأصل فى مسائل هذا الباب أن الاعتبار وقت الرمي بالاتفاق، وإنما عدل أبو يوسف ومحمد رحمه الله تعالى عن ذلك فيما إذا رمى إلى مسلم فارتد -والعياذ بالله- تعالى قبل الإصابة باعتبار أنه صار مبرئاً له على ما بينا فى أول هذا الفصل. (الزيلعي)

كتاب^(١) الديات^(٢)

وهي التي طعنت في السس الثانية

ديةُ شبه العمد مائةٌ من الإبل أربعاً^(٣) من بنت مخاضٍ إلى

(١) قوله: "كتاب" ذكر مسائل كتاب الديات بعد كتاب الجنائيات؛ لأن الدية أحد موجبي الجنابة في الأدمى، ولكن لما كان القصاص أعلاهما وأقواهما قدمه؛ لأن معنى الإحياء والصيانة فيه أكثر. (الشلي)

(٢) قوله: "والديات" الدية مصدر ودَى القاتل المقتول، إذا أعطى وليه المال الذي هو بدل النفس، وتركيبها بدل على الجرى، والخروج، ومنه الوادى إذ الماء يدى منه، أى يجرى، وتاءها عوض عن الواو في أولها، كما في عدة.

وفي الشرع: اسم للمال الذي هو بدل النفس، لا تسمية للمفعول بالمصدر؛ لأنه من المنقولات الشرعية، والأرض اسم للواجب فيما دون النفس. (الدرّ والطحطاوى)

(٣) قوله: "أربعاً" أى خمس وعشرون بنت مخاض، وخمس وعشرون بنت لبون، وخمس وعشرون حقة، وخمس وعشرون جذعة.

وقال محمد والشافعى وأحمد في رواية: أثلاثاً، ثلاثون حقة، وثلاثون جذعة، وأربعون ثنية كلها خلفات، وجميع الثنيات حوامل.

الثنية: وهي الطاعة في السادسة؛ لما أخرجه الترمذى وقال: حديث حسن غريب عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «من قتل مقصداً دفع إلى أولياء المقتول فإن شأؤوا قتلوا وإن شأؤوا أخذوا الدية»، وهي ثلاثون حقة، وثلاثون جذعة، وأربعون حقة، وما صالحوا عليه فهو لهم.

ولنا ما أخرجه أبو داود، وسكت عنه، ثم المنذرى بعده عن علقمة والأسود قال: قال عبد الله في شبه العمد خمس وعشرون جذعة، وخمس وعشرون بنات لبون، وخمس وعشرون بنات مخاض، وهذا وإن كان موقوفاً إلا أنه في حكم المرفوع؛ لأن المقادير لا تعرف بالرأى.

وما أخرجه ابن حبان في "صحيحه" في كتابه ﷺ إلى عمرو بن حزم: «أن في نفس المؤمن مائة من إبل»، والمراد أدنى ما يكون منه، وما قلناه أولى؛ ولأن دية شبه العمد أغلظ من دية الخطأ المحض، وذلك فيما قلنا؛ لأنهما في الخطأ المحض تجب أخماساً؛ ولأن الجنين كالماتصل من وجه، فيكون في معنى الزيادة على المائة، وهي لا تجوز.

ولأن الديات تعتبر بالصدقات؛ لأنها تجب على العاقلة بطريق الصلة للقاتل كالصدقات، والشرع نهى عن أخذ الحوامل في الصدقات؛ لأنها كرام أموال الناس، فكذا في الديات. (الزبيلى)

وهي التي طعنت في سنة الخامسة لا غيرها بالإجماع أي والدية في الخطأ
 جذعة، ولا^(١) تغليظ إلا في الإبل، والخطأ مائة من الإبل
 عشرون عشرون عشرون عشرون
 أخماساً^(٢) ابن مخاض وبنت مخاض وبنت لبون وحقه
 عشرون من الذهب من الورق
 وجذعة، أو ألف^(٣) دينار، أو عشرة آلاف درهم،
 أي كفارة القتل خطأ أو شبه العمد أي الذي أي القرآن
 وكفارتهم^(٤) ما ذكر في النص، ولا يجوز^(٥) الإطعام

وشرح النقاية بحذف

(١) قوله: "ولا" حتى لو قضى القاضى بتغليظ الدية من غير الإبل لم تتغلظ، ولم ينفذ قضاءه؛ لأن التعزيرات لا يعرف إلا بالسمع، ولم يرد التغليظ من الشارع إلا في الإبل. (شرح النقاية)

(٢) قوله: "أخماساً" وقال مالك والشافعى والليث والربيعه مكان عشرين ابن مخاض عشرين ابن لبون؛ لما في الكتب الستة من حديث سهيل بن أبي خيثمة في الذي رواه النبي ﷺ بمائة من إبل الصدقات، وبنو المخاض لا مدخل لها في الصدقات. ولنا أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن عبد الله بن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ في دية الخطأ: «عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون بنى مخاض ذكور».

وأجاب أصحابنا عن الذي رواه النبي ﷺ من إبل الصدقة بأنه ﷺ تبرع بذلك ولم يجعله حكماً، وقال النووي في "شرح مسلم": المختار ما قاله الجمهور أصحابنا وغيرهم من أن معناه أنه ﷺ اشتراها من إبل الصدقات بعد أن ملكوها، ثم دفعها تبرعاً منه إلى القتل... اهـ. وقيل: لا حجة فيه؛ لأنهم لم يدعوا على أهل خيبر إلا قتله عمداً، فيكون دية العمد، وهي من أسنان الصدقة، وإنما الخلاف في الخطأ. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "أو ألف" أي الدية من الذهب ألف دينار، ومن الورق عشرة آلاف درهم، وقال الشافعى ومالك رحمهما الله: الدية اثنا عشر ألف درهم؛ لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن رجلاً قتل، فجعل النبي ﷺ ديته اثني عشر ألفاً، رواه أبو داود والترمذى؛ لأنه لا خلاف أنها من الدنانير ألف دينار، وكانت قيمة الدينار على عهد رسول الله ﷺ اثني عشر درهماً. ولنا ما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبي ﷺ قضى بالدية في قتل بعشرة آلاف درهم، وما قلنا: أولى للتيقن به؛ لأنه أقل. (الزيلعى وتمامه في الزيلعى)

(٤) قوله: "وكفارتهم" أي كفارة القتل خطأ وشبه عمد هو الذي ذكر في القرآن، وهو الاعتاق، والصوم على الترتيب متتابعاً، كما ذكر في النص، قال الله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مَوْمِنَةٍ﴾، وشبه العمد خطأ في حق القتل، وإن كان عمداً في حق الضرب، فتشهد لهما الآية، ولا

والجنين^(١)، ويجوز^(٢) الرضيع لو أحد أبويه مسلماً، ودية المرأة
وهو الأطراف

على النصف^(٣) من دية الرجل في النفس وفيما دونها، ودية
المسلم والذمي سواء^(٤).

يختلفان فيه ؛ لعدم النقل بالاختلاف ، بخلاف الدية حيث تجب في شبه العمد مغلظة لوجود
التوقيف في التغليب في شبه العمد دون الخطأ ، والمقادير لا تجب إلا سماعاً . (الزيلعي)

(٥) قوله : " ولا يجوز " وقال الشافعي في قول ، وأحمد في رواية : إن لم يقدر على
الصيام يجب إطعام ستين مسكيناً ؛ لأنها كفارة فيها عتق وصيام شهرين متتابعين ، فكان فيها إطعام
ستين مسكيناً عند عدمهما ككفارة الظهر ، والفطر في رمضان ، ولنا أن المقادير لا تعرف إلا
بالنص ، ولم يرد في الإطعام شيء . (شرح النقاية)

(١) أي لا يصح في عتق الكفارة الحمل ؛ لأن لم تعلم حياته ولا سلامة أطرافه .

(٢) قوله : " ويجوز " لأنه مسلم تبعاً له ، والظاهر سلامة أطرافه على ما عليها الجبلة ، ولا
يقال : كيف اكتفى هنا بالظاهر في سلامة أطرافه ، حتى جاز التكفير به ، ولم يكتف بذلك في حق
وجوب الضمان بإتلاف أطرافه ؛ لأننا نقول : الحاجة في التكفير إلى دفع الواجب ، والظاهر يصلح
حجة للدفع ، والحاجة في الإلتاف إلى إلزام الضمان ، وهو لا يصلح حجة فيه . (الزيلعي)

(٣) قوله : " على النصف " وقد ورد هذا اللفظ موقوفاً عن علي رضي الله عنه ، أخرجه
إبراهيم ، أو مرفوعاً إلى النبي ﷺ ، وقال الشافعي رحمه الله : ما دون الثلث لا يتصف ، وأما فيه
زيد بن ثابت رضي الله عنه .

ولنا عموم ما رويناه ؛ ولأن هذا يؤدي إلى المحال ، وهو ما إذا كان أملها أشد ، ومصابها أكثر
إن يقل أرشها ، بيانه : أنه لو قطع أصبع منها يجب عشر من الإبل ، ولو قطع إصبعاً يجب عشرون ،
وإذا قطع ثلاث يجب ثلاثون ؛ لأنها تساوي الرجل فيه على زعمه لكونه ما دون الثلث ، ولو قطع
أربعة يجب عشرون للتصنيف فيما هو أكثر من الثلث ، فقطع الرابعة لا يوجب شيئاً ، بل يسقط ما
وجب لقطع الثالثة ، وحكمة الشارع تنافي ذلك ، فلا يجوز نسبة إليه ؛ لأن من المحال أن تكون
الجناية لا توجب شيئاً شرعاً ، وأقبح منه أن تسقط ما وجب بغيرها . (الكشف والزيلعي)

(٤) قوله : " سواء " وقال الشافعي : دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم ، ودية
المجوسي ثمانمائة ، وقال مالك : دية اليهودي والنصراني ستة آلاف درهم ، لمالك قوله عليه
السلام : « عقل الكافر نصف عقل المسلم » ، هذا لفظ الترمذي ، والكل عنده اثنا عشر ألفاً ،
وللشافعي ما روى أنه عليه السلام : « جعل دية النصراني واليهودي أربعة آلاف درهم ودية
المجوسي ثمانمائة درهم » ، رواه عبد الرزاق في " مصنفه " .

ولنا قوله عليه السلام : « دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار » ، أخرجه أبو داود في
" مراسيله " ، وكذا قضى أبو بكر وعمر رضي الله عنهما ، وما رواه الشافعي رحمه الله لم يعرف ،

في بيان دييات الأطراف

فصل

أى حشفة الذكر أى ذهب بالضرب

أى منع النطق

فى (١) النفس (٢) والمارن (٣) واللسان والذكر والحشفة والعقل

والسمع والبصر والشمّ والذوق واللحية (٤) إن لم تنبت وشعر

ولم يذكر فى كتب الحديث ، وما روينا أشهر مما رواه مالك ، فإنه ظهر عمل الصحابة رضى الله عنهم به .

فعن الزهرى أن أبا بكر وعمر يجعلان دية الذمى مثل دية المسلم ، وعن ابن مسعود مثل دية المسلم ، وعن الزهرى أيضاً كان دية الذمى مثل دية المسلم على عهد رسول الله ﷺ وأبى بكر وعمر وعثمان ، فلما كان زمن معاوية جعلها على النصف . (الكشف)

(١) قوله : " فى " اعلم أن الجناية إذا فوتت منفعة على الكمال ، أو زالت حمالاً مقصوداً فى الأذى على الكمال تجب الدية ؛ لأن ذلك إتلاف النفس من وجه ، وإتلاف النفس من وجه ملحق بإتلافها من كل وجه إذا عرفت هذا ففى كل ما ذكره الشيخ ما ألقينا عليك ، أما النفس فظاهر ، وأما المارن واللسان فلفوات الجمال ، وأما العقل فلأن بذابه مذهب منافع الأعضاء كلها ؛ لأن أفعال المجنون تجرى مجرى أفعال البهائم ، وأما السمع فلأنه بفواته يفوت جنس المنفعة على الكمال وهو منفعة الاستماع .

وأما الشم فلأنه بفواته يفوت إدراك الروائح الطيبة ، والفرقة الرائحة الطيبة والخبيثة ، وأما الذوق فلأن بفواته يفوت إدراك الحلاوة والمرارة والحموضة ، أما الحية وشعر الرأس ، أى إذا حلقهما ولم ينبت ، تجب فى كل منهما دية كاملة ؛ لأنه أزال جمالاً على الكمال ، وأما ما يكون مزدوجاً فى الأعضاء كالعينين واليدين ، ففى قطعهما كمال الدية ، وفى قطع أحدهما نصف الدية . وأصل ذلك ما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال : « فى العينين الدية وفى أحدهما نصف الدية وفى الرجلين الدية وفى أحدهما نصف الدية » ؛ ولأن تفويت اثنين منها تفويت المنفعة ، أو تفويت الجمال على الكمال ، وفى تفويت الرجلين تفويت منفعة المشى ، وفى تفويت منفعة الأمعاء والنسل ، وفى ثدى المرأة تفويت منفعة الإرضاع ، بخلاف ثدى الرجل ؛ لأنه ليس فيه تفويت المنفعة ، ولا الجمال على الكمال ، فيجب فيه حكومة عدل . (عز)

(٢) النفس مع ما عطف عليه خبر مقدم ، وقوله : الدية بعد السطر مبتدأ ، وإنما ذكر دية النفس فى أول هذا الفصل مع أنه معقود البيان أحكام الدية فيما هو تبع لهما ، وهو الأطراف تمهيداً لذكر ما بعده وتبركاً بلفظ الحديث (زيادة)

(٣) وهو ما لأن من الأنف وفضل عن القصبة .

(٤) يعنى إذا حلق اللحية أو الرأس ، ولم ينبت الشعر ، فتجب الدية فى كل واحد منهما ؛ لأنه أزال جمالاً على الكمال .

الرأس والعَيْنين واليدين والشفَتين والحاجبين والرجلين والأذنين
 والأُتَشِين وثديي المرأة^(١) الدية، وفي^(٢) كل واحد من هذه
 الأشياء نصف الدية، وفي أشفار^(٣) العينين دية، وفي^(٤) أحدها
 رُبْعها^(٥)، وفي كل أصبع من أصابع اليدين والرجلين
 عُشرها^(٦)، وما^(٧) فيها مفاصل، ففي أحدها ثلث دية أصبع

(١) بخلاف ثدي الرجل؛ لأنه ليس في تفويت المنفعة ولا الجمال على الكمال، فتجب فيهما حكومة عدل.

(٢) قوله: "وفي أي وفي كل واحد مما هو اثنان في البدن كالأذن والشفة واليد والرجل مثل نصف الدية؛ لأن النبي ﷺ كتب لعمر بن حزم رضى الله تعالى عنه، وفي العينين كل الدية، وفي أحدهما نصف الدية. (المجمع)

(٣) جمع شفر بالضم أصل منبت الشعر في حرب الجفن مذكر ويفتح.

(٤) لفوات الجمال منفعة رفع الأذى من العين.

(٥) لأن الواجب في الكل كل الدية، وهي أربعة ففي أحدها ربعها.

(٦) قوله: "عشرها" لما أخرجه الترمذى وقال حسن صحيح وابن حبان في "صحيحه"، وقال ابن القطان في كتابه: رجال اسناده كلهم ثقات، ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «دية أصابع اليدين والرجلين سواء عشرة من الإبل لكل أصبع»، ورواه أحمد في "مسنده"، ولفظه أن النبي ﷺ سوى بين الأصابع والأسنان في الدية.

وما أخرجه بجماعة إلا مسلم عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: هذه وهذه سواء، يعنى الإبهام والخنصر؛ ولأن في قطع بكل تفويت جنس المنفعة البطش، وفيه دية كاملة، وهي عشرة، فتقسم عليهما. (شرح النقاية)

(٧) قوله: "وما" وإذ لم يقطع أصبعًا كاملة، بل قطع بعض مفاصلها، فينظر إذا كانت الأصابع ذات مفاصل ثلثة حتى كل مفصل منها ثلاثة دية أصبع كاملة، فدية الأصبع ألف، فيجب في أحد المفاصل ثلث الألف، وإذا كانت ذات مفصل كالإبهام، ففي كل مفصل نصف عشر الدية اعتباراً لانقسام دية الأصبع على مفاصله بانقسام دية اليد على الأصابع. (عز)

أى نصف دية إصبع أى فى الإصبع
ونصفها لو فيها مفصلان، وفى كل سن خمس^(١) من الإبل،
أو خمس مائة درهم، وكل^(٢) عضو ذهب نفعه فيه دية كيد
شلت وعين ذهب ضوءها.

(١) قوله: "خمس" أى يجب عشر الدية وهو خمس من الإبل، أو خمس مائة درهم فى قلع كل سن إذا كان خطأ، سواء كان ضررًا أو ثنية؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «وفى كل السن خمس من الإبل»، رواه أبو داود وبهذا اللفظ؛ لأن الكل فى أصل المنفعة وهو المضغ سواء، وبعضها وإن كان فيه زيادة منفعة، لكن فى البعض الآخر جمال، وهو كالمنفعة فى آدمى، وإنما قيدنا بالخطأ؛ لأن العمد فيه القصاص، ولو قلع جميع أسنانه تجب ستة عشر ألفًا، وليس فى البدن عضو دية أكثر من دية النفس سوى الأسنان، وفيه إيماء إلى أن موت الإنسان هون من فوت الأسنان. (شرح النقاية والكشف)

(٢) قوله: "وكل" أى إذا ضرب عضوا فذهب نفعه بضره، ففيه دية كاملة، كما إذا ضرب يده يده، فثلث به أو عينه فذهب ضوءها به؛ لأن وجوب الدية يتعلق بتفويت جنس المنفعة، فإذا زالت منفعة كلها وجب عليه موجه كله، ولا عبرة للصورة بدون المنفعة لكونها تابعة. (الزيلعى)

فصل^(١) في الشجاج^{جمع شجة}^(٢)

في^(٣) الموضحة نصف عشر الدية، وفي الهاشمة عشرها،
وفي المنقلة عشر ونصف عشر، وفي الأمة أو الجائفة^(٤) ثلثها،
فإن نفذت الجائفة فثلثاها^(٥)، وفي الحارصة والدامعة والدامية

(١) قوله: "فصل" فصل أحكام الشجاج بفصل على حدة لتكاثر مسائل الشجاج اسماً وحقاً. (المجمع)

(٢) قوله: "الشجاج" اعلم أن الشجة تختص بما يكون بالوجه والرأس لغة، وما يكون بغيرهما فجراحة أى تسمى جراحة، وفيها حكومة عدل، والشجاج عشرة: الحارصة - بمهملات - وهى التى تحرص الجلد أى تخدشه، والدامعة - بمهملات - التى تظهر الدم كالدمع، ولا تسيله، والدامية التى تسيله، والباضعة التى تبضع، أى تقطعه.

والملاحمة التى تأخذ فى اللحم، والسمحاق التى تصل إلى السمحاق، أى جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس، والموضحة التى توضح العظم أى تظهر، والهاشمة التى تهشم العظم أى تكسره، والمنقلة التى تنقله بعد الكسر، والأمة التى تصل إلى أم الدماغ، وهى الجلدة التى فيها الدماغ وبعدها الدامعة - بغين معجمة - وهى التى تخرج الدماغ، ولم يذنها محمد للموت بعدها عادة، فتكون قتلا لا شجاً، فعلم بالاستقرار بحسب الآثار أنها لا تزيد على العشرة. (الدر المختار بتغيير)

(٣) قوله: "فى" إلى قوله ثلثها؛ لما روى فى كتاب عمرو بن حزم رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال: وفى الموضحة خمس من الإبل، وفى الهاشمة عشر فى المنقلة خمسة عشر، وفى الأمة، ويروى المامومة ثلث الدية (أخرجه النسائى وأبو داود) ولقوله عليه السلام فى كتاب عمرو بن حزم الذى أخرجه النسائى وأبو داود فى المامومة ثلث الدية، وفى الجائفة ثلث الدية، وفى المنقلة خمس من الإبل، وليس فيه ذكر الهاشمة. (شرح النقاية والكشف)

(٤) قوله: "الجائفة" هى الجراحة التى وصلت إلى الجوف من الصدر والبطن والظهر والحين] اعلم أنهم اختلفوا فى تفسير الجائفة على قولين، فمن قال: الجائفة ما يصل إلى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنب، قال: ذكر الجائفة ههنا اتفاقاً، ذكرها الشيخ فى هذا الفصل لاستواء الأمة والجائفة فى الحكم، ومن قال: الجائفة تكون فى جوف الرأس أو فى جوف البطن، فلا يكون ذكرها اتفاقاً عنده. (عز)

(٥) قوله: "فثلثاها" لما روى عن أبى بكر الصديق رضى الله تعالى عنه أنه حكم فى جائفة نفذت إلى الجانب الآخر بثلثى الدية، ولأنها إذا نفذت وصارت جائفتين، فتجب فى كل واحدة

بالبضاد المعجمة والعين المهملة بكسر المهملة وسكون الميم والحاء المهملة بالإجماع
والباضعة والمتلاحمة والسماحق حكومة^(١) عدل، ولا^(٢)

قصاص في غير الموضحة، وفي أصابع اليد نصف^(٣) الدية
واصل بما قبله أى فى قطع الكف مع قطع قطع نصف أى يجب هو ما بين الكف والمرفق
ولو^(٤) مع الكف، ومع نصف الساعـد نصف الدية

وحكومة^(٥) عدل، وفي^(٦) قطع الكف وفيها أصبع أو أصبعان

منهما الثلث . (المجمع)

(١) قوله: "حكومة" إنما تجب حكومة عدل لما روى محمد بن الحسن فى "كتاب الآثار": أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن إبراهيم عن شرع قال فى الجائفة ثلث الدية إلى أن قال: وفى غير ذلك من الجراحات حكومة عدل، واختلفوا فى تفسير هذه الحكومة. قال الطحاوى فى تفسيرها: أن يقوم مملوكًا بدون هذا الإثم يقوم دية هذا الأثر ثم ينظر إلى تفاوت ما بينهما، فإن كان ثلث عشر القيمة مثلاً، يجب ثلث عشر الدية، وإن كان ربع عشر القيمة يجب ربع عشر الدية.

وقال الكرخى: ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة، فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية؛ لأن ما لا نص فيه يرد إلى المنصوص. (شرح النقاية بتصرف والتكملة)

(٢) قوله: "ولا" لأنه لا يمكن اعتبار المساواة فيه؛ لأن ما دون الموضحة ليس له حد ينتهى إليه السكين، وما فوقها كسر العظم، ولا قصاص فيه لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا قصاص فى العظم»، وهذا رواية الحسن عن أبى حنيفة رضى الله عنه، وفى ظاهر الرواية: يجب القصاص فيما دون الموضحة، ذكره محمد رحمه الله فى الأصل، وهو الأصح؛ لأنه لا يمكن اعتبار المساواة فيه، إذ ليس فيه كسر العظم، ولا خوف التلف كالجائفة، فيسير عورها بمسبار، ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع، فيتحقق استيفاء القصاص بذلك، وفى الموضحة إن كانت عمداً؛ لما روى: «أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالقصاص فى الموضحة»، ولأن المساواة فيها ممكنة بإنهاء السكين إلى العظم فيتحقق استيفاء القصاص. (الزيلعى)

(٣) قوله: "نصف" لأن فى كل إصبع عشر من الإبل؛ لما روى، فيكون فى الخمسة خمسون ضرورة وهو النصف؛ ولأن فى قطع الأصابع تفويت منفعة البطش، وهو الموجب على ما مر. (الزيلعى)

لكن أغنى عن هذه المسألة قوله فى الفصل السابق: وفى كل إصبع . . . إلخ، إلا أن يقال: إن هذه توطئة إلى بيان قطع الكف مع الأصابع. (الكشف)

(٤) يعنى لا يزيد الأرض بسبب الكف؛ لأنهما تابعة الأصابع.

(٥) قوله: "وحكومة" وهو رواية عن أبى يوسف، وعنه أن ما زاد على أصابع اليد

أى عشر الدية إذا كان فيها إصبعان

عشرها^(١)، أو خمسها، ولا شيء فى الكف، وفى^(٢) الأصبع

الزائدة وعين الصبى وذكره ولسانه إن لم يعلم صحته بنظر

فى العين^(٣)، وكلام حكومة عدل^(٤).

والرجل فهو تبع إلى المنكب وإلى الفخذ؛ لأن الشرع أوجب فى اليد الواحدة نصف الدية، واليد اسم لهذه الجارحة إلى المنكب، فلا يزيد على تقدير الشارع.

ولهما أن اليد آلة باطنة، والبطش يتعلق بالكف والأصابع، دون الذراع، فلم يجعل الذراع تبعاً فى حق التضمين. (المجمع)

(٦) قوله: "وفى أى إذا كان فى الكف أصبع أو إصبعان، فقطعها يجب عشر الدية فى الأصبع الواحدة، وخمسها فى أصبعين، ولا يجب فى الكف شيء، وهذا عند الإمام؛ لأن الأصابع أصل حقيقة؛ لأن منفعة اليد وهى القبض والبطش قائمة بها، وكذا حكماً؛ لأنه عليه الصلاة والسلام جعل الدية بمقابلة الأصابع، حيث أوجب فى اليد نصف اليد، وجعل فى كل أصبع عشراً من الإبل، ومن ضرورة أن يكون كلها بمقابلة أصابع كل الكف، والأصل أولى باعتبار، وإن قل، ولا تظهر التابع بمقابلة الأصل، ولا يعارض حتى يصار إلى الترجيح بالكثرة، ولئن تعارضاً، فالترجيح بالأصل حقيقةً وحكماً أولى من الترجيح بالكثرة.

وعندهما: يجب الأكثر من أرش الكف ودية الأصبع والأصبعين، ويدخل الأقل فى الأكثر؛ لأنه لا وجه للمجمع بين الأرشين؛ لأن الكل شيء واحد، ولا إلى إهدار أحدهما؛ لأن كل واحد أصل من وجه، فرجحنا بالكثرة.

وإن كان فى الكف ثلاث أصابع، فدية الأصابع، ولا شيء فى الكف إجماعاً؛ لأن الأصابع أصول، وللاكثر حكم الكل، فاستبقت الكف كما إذا كانت الأصابع قائمة. (المجمع بتصرف)

(١) راجع إلى ما إذا كان فيها أصبع.

(٢) هذا مع ما بعده خبر مقدم لقوله: حكومة عدل.

(٣) أى حركة الذكر عند البول.

(٤) قوله: "عدل" أما الأصبع الزائدة فلأنها جزء آدمى، فيجب الأرش فيها تشريعاً للآدمى، وإن لم يكن فيها نفع، ولا زينة، كما فى السن الزائدة، ولا يجب فيها القصاص، وإن كان للقاطع أصبع زائدة؛ لأن المساواة شرط لوجوب القصاص فى الطرف، ولم يعلم تساويهما إلا بالظن، فصار كالعبد يقطع طرف العبد، فإذا تعذر القصاص الشبهة وجب أرشها، وليس لها أرش مقدر فى الشرع، فيجب فيها حكومة عدل.

فإن قلت: أن حديث فى كل أصبع كذا مطلق، وهذا أصبع، فالجواب: أن ما يفهم من

رجله موضحة ولم ينبت
 شج رجلا فذهب عقله، أو شعر رأسه، دخل^(١) أرش
 بعد ما شجه أحد
 الموضحة فى الدية، وإن ذهب سمعه أو بصره أو كلامه لا^(٢)،
 رجل رجلا أى شجة موضحة رجل أى أصبع رجل
 وإن شجه موضحة فذهب عيناه، أو قطع أصبعه، فشلت

خطابات الشرع، إنما هو ما كان معروفاً بين الناس، ومتفاهما عندهم، والأصبع الزائدة ليست بعذر المشابهة، فلا يتناوله النص، وأما فى قطع البواقى ففيه خلاف الشافعى، حيث قال: تحب دية كاملة فى الثلاثة؛ لأن الغالب فيه السلامة، فأشبه المارن والأذن.

ولنا أن المقصود هذه الأعضاء والمنفعة، فإذا لم تعلم لا يجب الأرش الكامل بالشك، والظاهر لا يصلح حجة، فلا إلزام، بخلاف المارن؛ لأن مقصود منه الجمال، وقد فوته على الكمال. (الزيلعى والكشف وحاشيته مع تصرف)

(١) قوله: "دخل" لأن فوات العقل يبطل منفعة جميع الأعضاء، إذ لا ينتفع بدونه، فصار كما إذا أوضحه فمات، وأرش الموضحة يجب لفوات جزء من الشعر، وقد تعلّقاً جميعاً بسبب واحد، وهو فوات الشعر، فيدخل الجزء فى الكل، كمن قطع أصبع رجل، فتلت به يده كلها. (المجمع)

(٢) قوله: "لا [أى لا يدخل فى أرش الموضحة فى أرش هذه الأشياء]" لأن كلا منهما جناية فيما دون النفس، والمنفعة مختصة، فأشبه الخصاص المختلفة، بخلاف العقل؛ لأن منفعته عائدة إلى جميع الأعضاء. (المجمع)

أما الأولى فهى قول الإمام، وعندهما يجب القصاص فى الموضحة، والدية فى العينين، والأصل فى ذلك أن الفعل إذا أوجب ما لا فى البعض سقط القصاص، سواء كانا عضوين، أو عضواً واحداً، أو عندهما فى العضوين يجب القصاص مع وجوب المال، وإن كان عضواً واحداً لا يجب إلا إذا قطع أصبعاً، فتلت أخرى جنبها، فلا قود أيضاً عند الإمام، بل يجب الأرش عنده؛ لأن القصاص غير واجب لعدم المماثلة؛ لأن قطع الثانى على وجه يوجب مثل الأخرى غير ممكن، وعندهما وهو قول زفر والحسن يقتص فى المقطوعة، وتحب الدية فى الأخرى التى تلت؛ لأن القصاص وجب بالنصوص.

وأما إذا قطع مفصل الأصبع الأعلى، فشل ما بقى من المفاصل، فلا قود أيضاً عنده، بل تحب الدية فيما قطع، وحكومة عدل فيما شل، وإنما وجبت الدية؛ لأنه مقدر شرعاً، وتلزم الحكومة فيما بقى بانتفاء تقدير الشرع فيه، وكذا إذا شل كل اليد.

وأما إذا كسر نصف سنه فاسودّ باقيها، فلا قود أيضاً، بل تحب دية السن كلها؛ لأن مدار وجوب القصاص على إمكان المماثلة، ولا تمكن المماثلة فى هذه الجراحات، إذ ليس فى وسعه إيقاعها سارية إلى ما ذكر. (عز)

أى إصبع أخرى من مفاصل الأصابع من المفاصل
 أخرى، أو المفصل الأعلى فشل ما بقي، أو كل اليد أو كسر
 نصف سنه، فاسود ما بقي، فلا قود، وإن قلع سنه فنبت
 مكانها أخرى سقط^(١) الأرش، وإن أقيد^(٢) فنبت سن الأول
 على المقتص له
 يجب.

وإن^(٣) شج رجلا فالتحم ولم يبق له أثر، أو ضرب فجرح
 فبرء وذهب أثره، فلا أرش^(٤) ولا قود بجرح حتى^(٥) يبرأ،

(١) قوله: "سقط" وهذا عند أبى حنيفة رضى الله عنه، وقالوا: عليه الأرش كاملا، لأن
 الجنابة وقعت موجبة له، والذي نبت نعمة مبتدأة من الله تعالى، فصار كما لو أتلّف مال إنسان
 فحصل للمتلّف عليه مال آخر، ولأبى حنيفة رضى الله عنه أن الجنابة قد زالت معنى، ولهذا لو قلع
 سن صبي، فنبت مكانها أخرى، لا يلزمه شيء بالإجماع، وهذا لأن الموجب فساد المنبت، ولم
 يفسد حيث نبت مكانها أخرى، فلم تفت المنفعة به، ولا الزينة. (الزيلعى)
 (٢) أى اقتص من القالع، بأن قلع سنه عوض السن المقلوعة.

(٣) قوله: "وإن" معناه إذا قلع رجل سن رجل فأقيد، أى اقتص القالع، ثم نبت سن
 الأول المقتص له، يجب على المقتص له أرش سن المقتص منه؛ لأنه تبين أنه استوفى بغير حق؛ لأن
 الموجب فساد المنبت، ولم يفسد حيث نبت مكانها أخرى، فأنعدمت الجنابة، ولهذا يستأنى
 حولا، وينبغى أن ينتظر اليأس فى مثل ذلك القياس خوفاً من مثله إلا أن فى اعتبار ذلك تضييع
 الحقوق، فاكْتَفِينَا الحَوْل؛ لأنه يثبت فيه ظاهراً على تقدير عدم الفساد، فإذا مضى الحول ولم
 تنبت، قضينا بالقصاص، ثم إذ نبت تبين أننا أخطأنا فيه، وكان الاستيفاء بغير حق، غير أنه سقط
 القصاص للشبهة، فيجب المال. (الزيلعى)

(٤) قوله: "فلا أرش" عند الإمام، وعند أبى يوسف رحمه الله يجب أرش الألم، وهو
 حكومة عدل؛ لأن الشين الموجب إن زال فالألم الحاصل لم يزل، وعند محمد عليه أجرة الطبيب؛
 لأن ذلك لزمه بفعله، وكان أخذ ذلك من ماله، وأعطاه للطبيب، وفسر فى شرح الطحاوى قول
 أبى يوسف رحمه الله عليه بالأرش بأجرة الطبيب والمداوة، فعلى هذا لا خلاف بين أبى يوسف
 ومحمد رحمهما الله.

وللإمام أن الموجب الأصلى هو الشين الذى يلحقه بفعله وزوال منفعته، وقد زال بزوال
 أثره، والمنافع لا تقوم إلا بالعقد، كالإجارة والمضاربة الصحيحين، أو شبه العقد، كالفاسد منهما،

وكل عمد سقط قوده بشبهة كقتل الأب ابنه عمداً، فديته^(١) ^{أى قصاصه}
 فى مال القاتل، وكذا ما وجب صلحاً، أو اعترافاً، ^{أى كذا يجب فى مال القاتل من الأرض}
 أو لم يكن نصف العشر، وعمد الصبى والمجنون خطأ^(٢)، ^{أى قتلها}
 وديته على عاقلته، ولا تكفير فيه، ولا حرمان^(٣)، والمعنوه ^{عن الإرث}

ولم يوجد شيء من ذلك فى حق الجانى، فلا تلزمه الغرامة، وكذا مجرد الألم لا يوجب شيئاً؛
 لأنه لا قيمة له. (المجمع)

(٥) قوله: "حتى" وقال الشافعى رحمه الله يقتص منه فى الحال؛ لأن الموجب قد تحقق،
 فلا يؤخر، كما فى القصاص فى النفس، ولنا ما روى: «أنه عليه الصلاة والسلام نهى أن يقتص
 من جرح حتى يبرأ صاحبه»، رواه أحمد والدارقطنى.
 ولأن الجراحات يعتبر فيها ما لها لاحتمال أن يسرى إلى النفس، فيظهر أنه قتل، فلا يعلم
 أنه جرح إلى البرء، فيستقر به. (الزيلعى)

(١) قوله: "فديته" لما روى عن ابن عباس موقوفاً ومرفوعاً: «لا تعقل العاقلة عمداً ولا
 عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً»، ولأن العاقلة تتحمل عن القاتل تخفيفاً عنه، وذلك يليق بالمخطئ؛
 لأنه معذورون المتعمد؛ لأنه يوجب التغليظ، والذى وجب بالصلح وإنما وجب بعقده، والعاقلة لا
 تتحمل ما وجب بالعقد، وإنما تتحمل ما وجب بالقتل، وكذا ما لزمه بالإقرار لا تتحملة العاقلة؛
 لأن له ولاية على نفسه دون عاقلته، فيلزمه دونهم، وإنما لا تتحمل أقل من نصف عشر الدية؛ لأنه
 يؤدى إلى الإحجاف والاستيصال بالجانى، والتحميل تحزرًا عنه، فلا حاجة إليه. (الزيلعى)

(٢) قوله: "خطأ" وذلك عندنا لعدم القصد الصحيح، ولما روى: "أن مجنوناً صال
 رجل بسيف، فضربه فرفع ذلك إلى على رضى الله عنه، فجعل عقله على عاقلته بمحض من
 الصحابة، وقال: عمدته وخطأه سواء.

ولأن الصبى مظنة الرحمة، وقال الخاطى لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على
 العاقلة، فالصبى هو أعذر وأولى بهذا التخفيف، ولا نسلم تحقق العمدية، فإنها تترتب على
 العلم، والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل، والصبى قاصر العقل، فأنى يتحقق منها القصد،
 وصار كالتائم. (المجمع)

(٣) قوله: "ولا حرمان" أما حرمان الميراث فلأنه عقوبة، والصبيان والمجانين ليسوا من
 أهل العقوبة، وأما الكفارة فلأنها كاسمها ستارة، ولا ذنب تستره؛ لأنهم رفع عنهم القلم (عز)

(١) كالصبي

باب (٢) في الجنين (٣)

شخص حرة أى عضواً من أعضائها
ضرب (٤) بطن امرأة، فألقت جنيناً ميتاً تجب غرة، وهى

نصف عشر الدية (٥)، فإن ألقته حياً فمات فدية (٦)، وإن ألت

بالأم، أى فجب دية وغرة أيضاً الأم أى لا يجب إلا دية الأم
ميتاً فماتت الأم فدية (٧) وغرة، وإن ماتت فألقت ميتاً، فدية

(١) فى لزوم الدية على عاقلته وعدم لزوم الكفارة، وعدم الحرمان عن الإرث.

(٢) قوله: "باب" فى ذكر أحكام القتل المتعلق بالآدمى من كل وجه دون وجه وهو الجنين. (الشلبى)

(٣) هو الولد فى بطن الأم، سمي به لاجتنابه، أى لاستتاره فى البطن.

(٤) قوله: "ضرب" أى ومن ضرب بطن امرأة، فألقت جنيناً ميتاً، فعلى عاقلته غرة خمسمائة درهم، وإنما سميت الغرة غرة لأنها أقل المقادير فى الديات، وأقل الشئ أوله فى الوجود، ولهذا يسمى أول الشهر غرة؛ لأنه أول شئ يظهر منه، كما فى "التبيين"، ووجبت فيه الغرة خمسمائة درهم، سواء كان ذكراً أو أنثى، وهو نصف عشر دية الرجل، وعشر دية المرأة. والقياس: أن لا يجب فى الجنين الساقط شئ؛ لأنه لم يتيقن بحياته، فإن قيل: الظاهر أنه حى، أجيب: بأن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق.

ووجه الاستحسان ما فى "الصحيحين": عن أبى هريرة: «أن النبى ﷺ قضى فى جنين امرأة عن بنى لحيان بغرة عبد أو أمة»، وإنما فسرنا الغرة بخمس مائة لما روى ابن أبى شبة فى "مصنفه": عن إسماعيل بن عياش عن زيد بن أسلم أن عمر بن الخطاب الغرة خمسين ديناراً، وكل دينار بعشرة دراهم. (المجمع وشرح النقاية)

(٥) أى دية الرجل إن كان ذكراً، وإن كان أنثى فعشر دية المرأة، وكل منهما خمس مائة درهم.

(٦) أى فتجب دية كاملة؛ لأنه أتلّف آدمياً خطأ أو شبه عمد فتجب فيه الدية كاملة. (الزبلى والعينى)

(٧) قوله: "فدية" لأنه قد صح أنه ﷺ قضى فى هذا بالدية والغرة، رواه الطبرانى فى "معجمه" قاله ملا على القارئ. (الكشف وحاشيته)

لأنه بدل نفسه، فيرثه ورثته الجنين

فقط^(١)، وما^(٢) يجب فيه يورث عنه، ولا يرث الضارب، فلو
ضرب بطن امرأته، فألقت ابنه ميتاً، فعلى عاقلة الأب غرة، ولا
يرث منها، وفي جنين الأمة لو ذكراً نصف^(٣) عشر قيمته^(٤) لو
كان حياً، وعشر قيمته لو أنثى، فإن حرره سيده بعد ضربه،
فألقت فمات، ففيه^(٥) قيمته حياً، ولا^(٦) كفارة في الجنين، وإن

لأنه قاتل بغير حق مباشرة

يجب

أى بعد رجل أم الجنين الأمة

أى إتلافه

أى قيمة الجنين

الجنين الجنين

(١) قوله: "فقط" وقال الشافعى: تحب الغرة، ولنا أن موت الجنين سببين أحدهما أن
يختنق بموتها، إذ تنفسه بتنفسها، وثانيهما انقطاع.

(٢) أى المال الذى يجب فى الجنين يجرى فيه الميراث عن الجنين.

(٣) قوله: "نصف" وقال الشافعى: تحب فيه عشر قيمة الأم؛ لأنه جزء من وجه ضمان
الأجزاء يؤخذ مقدارها من الأصل، ولهذا وجب فى جنين الحرة عشر ديتها بالإجماع، وهو الغرة.
ولنا أنه بدل نفسه، فلا يقدر بغيره، إذ لا نظير له فى الشرع، والدليل على أنه بدل نفسه أن
الأمة أجمعت على أنه لا يشترط فيه نقصان، ولو كان ضمان الطرف لما وجب عند نقصان الأصل،
ويؤيد ذلك أن ما يجب فى جنين الحرة موروث، ولو كان بدل الطرف لما ورث، والحر والعبد لا
يختلفان فى ضمان الطرف؛ لأنه لا يورث، وإنما يختلفان فى ضمان النفس، ولا نسلم أن الغرة
مقدرة بدية الأم، بل بدية نفس الجنين أن لو كان حياً، فيجب نصف عشر دية إن كان ذكراً، وعشر
دية إن كان أنثى، فكذا فى جنين الأمة تحب بتلك النسبة من قيمته؛ لأن كل ما كان مقدراً من دية
الحر، فهو مقدّر من قيمة العبد، فيجب نصف عشر قيمته إن كان ذكراً، وعشر قيمته إن كان أنثى.
هذا إذا كان الجنين من غير مولاها، ومن غير المعذور، وأما إذا كان من أحدهما ففيه الغرة
المذكورة فى جنين الحرة ذكراً كان أو أنثى؛ لأنه حر. (الزيلعى بحذف)

(٤) قوله: "قيمته" بأن يقوم الجنين بعد انفصاله ميتاً على لونه وهيئته لو كان حياً، فينظر
كم قيمته بهذا المكان، فإذا ظهرت قيمته، فإن كان ذكراً يجب نصف عشر قيمته، وإن كان أنثى
يجب عشر قيمته. (شرح النقاية)

(٥) قوله: "ففيه" لأن الحكم يترتب على سببه، فسبب القتل هنا الضرب السابق،
فحمل عليه، فلزمته حياً، إذ السبب وقع فى حالة الرق، وقد مر أن العبرة بحالة الرمي، لا
الوصول، فلا تحب الدية. (المجمع)

(٦) قوله: "ولا" لأن القياس يقتضى عدم وجوب الضمان، وعدم وجوب الكفارة؛

المرأة ^{أى الولد} شربت دواءً لتطرحه، أو عالجتها فرجها حتى أسقطته ضمن^(١)
 أى عاقلة هذه المرأة ^{فعلها المذكور} عاقلتها الغرة إن فعلت بلا إذن.
 لما ذكر القتل مباشرة لا ثرت فيه تسيباً

باب ما يحدث الرجل في الطريق

من أخرج^(٢) إلى الطريق العامة كنيفاً، أو ميزاباً، أو
 جُرسناً^(٣) أو دُكاناً^(٤)، فلكل^(٥) نزعه، وله^(٦) التصرف في

لأنه بمنزلة العضو، لكن تركنا القياس في الضمان للأثر، ولا أثر في الكفارة، فيبقى على
 الأصول. (شرح النقاية)

(١) قوله: "ضمن" لأنها أتلفته متعمداً، فيجب عليها ضمانه، وتحمل عنها العاقلة لما
 بينا، ولا ترث هي من الغرة شيئاً؛ لأنها قاتله بغير حق، والقاتل لا يرث، بخلاف ما إذا فعلت
 ذلك بإذن الزوج، حيث لا تجب الغرة لعدم التعدي. (الزيلعي)

(٢) حاصل كلام المتن أنه يحل للإنسان تصرف إحداث نحو الكنيف في طريق العامة إن
 لم يضر، لكن لكل منعه وإن لم يضر. (الكشف)

(٣) بضم الجيم والصاد، وسكون الراء وتخفيف النون، وهو ليس بعربي الأصل، إذ لا
 تجتمع هذه الحروف في كلمة. وقيل: هو البرج، وقيل: جذع يخرج الإنسان من الحائط لينبي
 عليه، وقيل: هو مجرى ماء يركب في الحائط. (المجمع)

(٤) هو الموضع المرتفع مثل المصطبة.

(٥) قوله: "لكل" أى من أهل الخصومة وهو المسلم البالغ العاقل الحر، والذمي الذي هو
 كذلك نفسه إذا وضع بغير إذن الإمام كما له منعه من إحداثه ابتداء؛ لأن لكل واحد منهم حق
 المرور بنفسه وبدوابه، فكان له ذلك كما في الملك المشترك، وفيه إشارة إلى جواز الإخراج، وهو
 مقيد بأن كانت واسعة لا يضر ذلك بالعمارات؛ لأنه مع الضر لا يجوز بلا خلاف، أذن الإمام، أو
 لم يأذن، لقوله ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار في الإسلام"، رواه الطبراني في "معجمه الأوسط".
 وأيضاً هو مقيد بأن كانت لنفسه؛ لأنه لو بنى للعمامة مسجداً ونحوه، وهو لا يضر بأحد لا
 يتنقض، وأطلق جواز التنقض، وهو مقيد أيضاً بما إذا أحدث بغير إذن الإمام؛ لأن التدبير فيما
 يكون للعمامة للإمام، وله ولاية المنع قبل الوضع. (عز)

(٦) قوله: "وله [أى للرجل من أصحاب الأملاك]" أى له أن يتصرف بإحداث الجرسن
 وغيره مما تقدم ذكره في الطريق النافذ إذا لم يضر بالعمامة، معناه: إذا لم يمنعه أحد؛ لأن الوصول

أى فى الطريق النافذ ^{بالعامّة} أى باذن أهل تلك الطريق ^{أى باذن أهل تلك الطريق} النافذ إلا إذا أضر، وفى غيره ^(١) لا يتصرف إلا بإذنهم، فإن ^(٢) مات أحد بسقوطها ^(٣) فديته على عاقلته، كما ^(٤) لو حفر بئراً ^{من الناس} فى طريق، أو وضع حجراً فتلف به إنسان، ولو ^(٥) بهيمة ^{أى بالبشر أو بالحجر} فضمامنها فى ماله، ومن جعل بالوعة فى طريق بأمر سلطان، أو فى ملكه، أو وضع خشبة فيها، أو قنطرة بلا إذن الإمام، ^{أى على الخشبة القنطرة الحافر أو الواضع} فتعتمد رجل المرور عليها، لم يضمن ^(٦)، ومن حمل شيئاً فى ^{أى على نهر} ^{فى الموضعين}

إلى إذن الكل متعذر، فجعل فى حق كل واحد كأنه هو المالك له وحده كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع الذى تفضل الله تعالى به على عباده. (الزيلعى والكشف)

(١) قوله: "وفى غيره" أى فى غير النافذ من الطريق لا يتصرف أحد بإحداث ما ذكرنا إلا بإذن أهله؛ لأن الطريق التى ليست بنافذة مملوكة لأهلها، فهم فيها شركاء، ولهذا يستحقون بها الشفعة، والتصرف فى الملك المشترى من الوجه الذى لم يوضع له لا يملك إلا بإذن الكل أضر بهم أو لم يضر، بخلاف النافذ؛ لأنه ليس لأحد فيه ملك، فيجوز انتفاع به ما لم يضر بأحد. (الزيلعى)

(٢) قوله: "فإن" أى إذا مات إنسان بسقوط ما ذكره من كنيف، أو ميزاب، أو جرحن، فديته على عاقلته من أخرجه إلى الطريق؛ لأنه تسبب للهلاك متعدداً فى إحداث ما تضرر به المارة باشتغال هواء الطريق به، أو بإحداث ما يحول بينهم وبين الطريق، وكذا إذا عثر بنقضه إنسان. (التكملة)

(٣) أى بسقوط الكنيف والميزاب والجرحن ونحوها.

(٤) قوله: "كما" أى القتل بسقوط الميزاب ونحوه كالقتل بحفر البئر، وضع الحجر فى الطريق؛ لأن كل واحد منهما قتل بسبب حتى لا تجب فيه الكفارة، ولا يحرم الميراث، فيكون حكمه كحكمه فيما ذكرنا. (الزيلعى)

(٥) قوله: "ولو" أى لو كان الهالك فى البئر أو بسقوط الجرحن بهيمة يكون ضمانها فى ماله؛ لأن العاقل لا تتحمل ضمان المال. (الزيلعى)

(٦) قوله: "لم يضمن" لأن حفر بالوعة بإذن الإمام أو فى ملكه ليس بتعذر، وضع الخشبة والقنطرة بلا إذن الإمام، وإن وجد التعدى منه قيهما لكن تعمد به المرور عليهما يقطع النسبة

الحمول ومات منه في الصور كلها المحمول
 الطريق، فسقط على إنسان ضمن^(١)، ولو^(٢) كان رداء قد لبسه
 على إنسان فعطب
 فسقط لا.

أى أمر لا يضمن أى لقوم مخصصين فى المسجد
 مسجد لعشيرة فعلق رجل منهم قنديلا، أو جعل فيه
 أى هلك أى بكل مما ذكر كل من المعلق والجاعل شيئاً الرجل
 بوارى^(٣) أو حصاةً فعطب به رجل لم يضمن، وإن كان من
 أى غير عشيرة المسجد أى فى المسجد أو من غيرهم أى يجلس ذلك الرجل
 غيرهم ضمن^(٤)، وإن جلس فيه رجل منهم، فعطب به أحد
 هذا الجالس
 ضمن^(٥) إن كان فى غير الصلاة، وإن كان فيها لا.

إلى الواضع؛ لأن الواضع مسبب، والمار مباشر، فصار هو صاحب علة، فلا يعتبر التسبب معه.
 (الزيلعى)

(١) قوله: "ضمن" الحامل الدية، سواء تلف بالوقوع أو بالعشرة به بعد الوقوع. (العينى والطائى) [لأن حمل المتاع فى الطريق على رأسه أو على ظهره مباح له، لكنه مقيد بشرط السلامة بمنزلة الرمى إلى الهدف أو إلى الصيد. (الزيلعى)]

(٢) قوله: "ولو" أى ولو كان المحمول رداء قد لبسه فقط على إنسان، فعطب به لا يضمن، والفرق بينه وبين الشئ المحمول أن حامل الشئ يقصد حفظه، فلا يخرج بالتقييد بوصف السلامة، واللابس لا يقصد حفظ بلبسه، فيخرج بالتقييد بوصف السلامة، فجعل فى حقه مباحاً مطلقاً عن قيد السلامة. (الزيلعى والكشف)

(٣) وهى الحصير من العقب.

(٤) قوله: "ضمن" والفرق أن تدبير المسجد لأهله لا لغيرهم، كنصب الإمام، واختيار المتوفى وفتح بابه وإغلاقه وتكرار الجماعة إذا سبق بها غير أهله، فلا يقيد فعلهم بالسلامة، وفعل غيرهم تعد أو مباح مقيد بالسلامة، وقصد القربة لا ينافى الغرامة إذا أخطأ الطريق، كما إذا تفرد بالشهادة على الزنا، والطريق فيما نحن فيه الاستئذان عن أهله. (الكشف)

(٥) قوله: "ضمن" وقالوا: لا يضمن؛ لأن المسجد للصلاة والذكر، ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة إلا بانتظارها، بأن كان مباحاً، ولأن المنتظر للصلاة فى الصلاة بالحديث؛ ولأن المسجد بنى للصلاة والذكر ونحوه ملحق بها، فجعلنا الجلوس للأصل مباحاً مطلقاً، وما يلحق به مباحاً مقيداً بشرط السلامة إظهاراً للتفاوت بين الأصل، وما يلحق به ولا ضرر فى كون الفعل مباحاً أو مندوباً، وهو مقيد بشرط السلامة، كالرمى إلى الكافر أو الصيد والمشى فى الطريق والمسجد. (الكشف)

إلى الطريق

فصل^(١) في الحائط المائلحائطٌ مالٌ إلى الطريق العامة ضمن^(٢) ربه ما تلف به من

من الإنسان والحيوان ^{رب الحائط} أو مال إن طالب بنقضه مسلم أو ذمي ولم ينقضه في ^{أى بسقوطه} ^{أى صاحبه} ^{أى فى ابتداء الأمر} ^{حالية} مدة يقدر على نقضه، وإن بناه مائلاً ابتداءً ضمن^(٣) ما تلف

(١) قوله: "فصل" لما ذكر أحكام القتل الذى يحصل بمباشرة الإنسان، أو تسببه، شرع فى بيان القتل الذى يتعلق بالجماذ الذى لا اختيار له أصلاً، وهو الحائط المائل. (الشلبى)

(٢) قوله: "ضمن" والقياس أن لا يضمن، وهو قول الشافعى وقول أحمد؛ لأنه لم يحصل منه تعد بمباشرة، ولا بفعل، ولا سبب؛ لأن أصل البناء كان فى ملكه، والميلان وشغل الهواء والسقوط ليس من فعله. فلا يضمن كما قبل الإشهاد.

ووجه الاستحسان: وهو قول أصحاب أحمد ومالك والنخعى والثورى والشعبى، ومروى عن على: إن امتناعه من تفريع الطريق المشتعل هواءه بملكه مع تمكنه من التفريع بعد طلبه تعد، كمن وقع فى يده ثوب إنسان، فإنه لا يكون متعدّياً فى الإمساك، ولكن لو طلب بالرد فلم يرد صار متعدّياً فكذا هنا، بخلاف ما قبل الإشهاد؛ لأنه بمنزلة إهلاك الثوب قبل الطلب.

ولأن الضمان لو لم يجب عليه لامتنع عن التفريع، فينقطع المارة خوفاً على أنفسهم فيتضررون، ودفع الضرر العام واجب يتحمل فى دفع الضرر الخاص قيد بطلب النقض؛ لأن الشرط دون الإشهاد.

وإنما ذكر صاحب الهداية الإشهاد لأنه للتمكن من الإثبات عند الإنكار، فكان من باب الاحتياط، وقد المطلوب منه بأن يكون يملك نقض الحائط بقدرته كالراهن فى الدار المرهونة فقدتره على نقض الحائط بواسطة فك الدار من الرهن، وكأبى الطفل أوجده فى مال ابنه، والولى فى مال يتيمه كالمكاتب؛ لأن الولاية له، فالتلف حال الكتابة تجب قيمته عليه لتعذر الدفع، وبعد عتقه تجب على عاقلة مولاه، وبعد عجزه لا تجب على أحد؛ لعدم قدرة المكاتب وعدم الإشهاد فى المولى، وكالعبد التاجر، سواء كان عليه دين أو لا؛ لأن الولاية له، فإن كان التالف بالسقوط مالا فهو فى عتق العبد، وإن كان نفساً فهو عاقلة المولى.

وقيد عدم النقض بكونه فى مدة يمكن نقضه فيها، حتى لو طلب منه، فسقط من ساعته لا يضمن ما تلف به؛ لأنه لا بد من إمكان ليصير تبرئه جانباً، ويستوى فى المطالبة المسلم والذم؛ لأن الناس كلهم شركاء فى المرور، فيصح التقدم من كل واحد منهم رجلاً كان أو امرأة إذا كان بالغاً عاقلاً حراً أو مكاتباً؛ لأن هذه المطالبة حق العامة، فلا تختص بأحد من أهل المطالبة. (شرح النفاية)

(٣) لأنه تعدى بالبناء، فصار كالشراع الجناح ووضع الحجر وحفر البئر فى الطريق.

بسقوطه بلا طلب، فإن مال إلى دار رجل فالطلب^(١) إلى ربها،
 هو أو الساكنون كل واحد من تأجيله وإبراء، لأن الحق لهم
 فإن أجله، أو أبرأه صح، بخلاف^(٢) الطريق.

فمات
 حائط بين خمسة، أشهد على أحدهم فسقط على رجل
 الذى أشهد عليه وتكون على عاقلته أى أحد الثلاثة أى فى الدار بغير إذن شريكه
 ضمن خمس^(٣) الدية، دار بين ثلاثة، حفر أحدهم فيها بئراً، أو
 بغير إذن شريكه أى بالحفر أو ببناء الحائط أى الحافر أو البائع
 بنى حائطاً، فعطب به رجل ضمن ثلثى الدية.

(١) قوله: "فالطلب" لأن الحق له على الخصوص، وإذا كان يسكنها غيره كان له أن يطالبه؛ لأن له المطالبة بإزالة ما شغل هواها. (التكملة)

(٢) قوله: "بخلاف" أى بخلاف ما إذا مال إلى الطريق العام، فأجله القاضى، أو من أشهد عليه، أو أبرأه حيث لا يصح التأجيل، ولا الإبراء، إلا فى حق نفسه؛ لأن الحق فيه لجماعة المسلمين، وليس للقاضى وغيره أن يبطل حقهم. (العينى)

(٣) قوله: "خمس" أى إذا كان الحائط مشتركاً بين خمسة رجال، فأشهد على أحدهم بالمطالبة بالنقض، ولم ينقضه، فتلف إنسان بسقوطه ضمن خمس الدية، ولو كانت الدار مشتركة بين ثلاثة، فحفر أحدهم فيها بئراً، أو بنى حائطاً، فتلف به رجل، ضمن ثلثى الدية، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله.

وقالوا: ضمن نصف الدية فى الفصلين؛ لأن التلف بنصيب من أشهد عليه معتبر، وبنصيب من لم يشهد عليه هدر، وفى الحفر باعتبار ملكه غير متعد، وباعتبار ملك شريكه متعد، فكانا قسمين، فانقسم عليها نصفين، كما إذا هلك بجرح الرجل، ونهش الحية وعقر الأسد.

ولأبى حنيفة رحمه الله أن الموت حصل بعلقة واحدة، وهو الثقل المقدور العمق المقدور؛ لأن أصل ذلك ليس بعلقة، وهو القليل منه حتى يعتبر كل جزء علة على حدة، فتجتمع العلل، فإذا كان كذلك يضاف التلف إلى العلة واحدة، ثم تقسم على أربابها بقدر الملك، بخلاف الجراحات؛ لأن كل جراحة علة مستقلة بنفسها للتلف صغرت الجراحة، أم كبرت على ما عرف فى موضعه إلا أن التلف عند المزاحمة يضاف إلى الكل لعدم الأولوية.

فإن قيل: الواحد من الشركاء لا يقدر أن يهدم شيئاً من الحائط، فكيف يصح التقدم إليه؟ قلنا: إن لم يتمكن من هدم نصيبه يتمكن من إصلاحه بطريق، وهو المرافعة إلى الحكام، وبه يحصل العوض؛ لأن المقصود إزالة الضرر بأى طريق كان، ولا تتعين بالهدم. (الزيلعى)

نسبة الجناية إليها على طريق المشاكلة هي كل ذات أربع من دواب البر والبحر

باب^(١) جناية البهيمة والجناية عليها وغير ذلك

في طريق العامة

ضمن^(٢) الراكب ما أوطأت دابته بيد، أو رجل، أو رأس،

من الكدم، وهو عضو الدابة بغيرها

بجسدها أى لا يضمن الراكب

أو كدمت، أو خبطت، أو صدمت، لا ما نفخت برجل، أو

فيضمن

ذنب إلا إذا أوقفها في الطريق، فإن أصابت بيدها، أو رجلها

حصاة، أو نواة، أو أثارت غباراً، أو حجراً صغيراً، ففقاً عيناً لم

أى ولو كان الحجر كبيراً ضمن

الداية في الطريق

يضمن، ولو كبيراً^(٣) ضمن، فإن راثت، أو بالت في الطريق لم

الراكب لأنه من السير

أى الدابة

واصل بما قبله

يضمن من عطب به، وإن أوقفها لذلك^(٤)، وإن أوقفها لغيره

(١) قوله: "باب" لما فرغ من بين أحكام جناية البهيمة، والجناية عليها، ولا شك في تقديم الإنسان الحر على البهيمة، والرقيق مرتبة، فكذا ذكرا، وكان من حق هذا الباب أن يذكر بعد جناية المملوك لفضيحة النطق في المملوك، لكن لما كانت البهيمة يلحقه بالجمادات من حيث عدم العقل ألحق بهذا الباب باب ما يحدثه الرجل في الطريق في الذكر. (الطحطاوى)

(٢) قوله: "ضمن" والأصل أن المرور في طريق المسلمين مباح بشرط السلامة؛ لأنه يتصرف في حقه من وجه، وفي حق غيره من وجه، لكونه مشتركاً بين كل الناس، فقلنا: بالإباحة مقيد بالسلامة ليعتدل النظر من الجانبين فيما يمكن الاحتراز عنه، لا فيما لا يمكن؛ لأن تقييده بها مطلقاً يؤدي إلى المنع من التصرف، وسد بابيه، وهو مفتوح.

والاحتراز عن الإبطاء والصدم والكدم والخيط ممكن؛ لأنه ليس من ضرورات السير، فقيدناه بشرط السلامة عنه، ولا يمكن الاحتراز عن النفخة بالرجل والذنب مع السير على الدابة، فلم نقيده بها، وإن أوقفها في الطريق ضمن النفخة أيضاً، لأنه يمكن التحرز عن الإيقاف، وإن لم يمكن التحرز عن النفخة، فصار متعدداً بالإيقاف، وشغل الطريق به فيضمنه، وهو المراد بقوله: إلا إذا أوقفها في الطريق. (الزيلعي)

(٣) قوله: "ولو كبيراً ضمن" لأن التحرز عن الحجرة الصغار والغبار متعذر؛ لأن سير الدابة لا يخلو عنه، وعن الكبار ومن الحجارة ممكن، وإنما يكون ذلك عادة من قلة هداية الراكب، فيضمن. (الزيلعي)

(٤) أى لأجل أن ترث أو تبول؛ لأن من الدواب ما لا يفعل ذلك إلا بالإيقاف.

ضمن^(١)، وما^(٢) ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد، وعلى^(٣)

فيما أوطأته الدابة بيدها أو رجلها

الراكب الكفارة، لا عليهما.

أى تلاقيا بالتصاق كل منهما الآخر بشدة

من الاصطدام

ولو اصطدم فارسان، أو ماشيان فمات، ضمن^(٤) عاقلة

(١) قوله: "ضمن [إذا راثت أو بالت فعضب به إنسان أو شيء من المتاع]" لأن الإيقاف ليس من ضرورات السير، ثم هو أكثر ضرراً بالمار من السير؛ لأنه أدم، فلا يلحق به، وإن كان مثله في كونه تصرفاً في الدابة. (الكشف وحاشيته)

(٢) قوله: "وما" أى كل شيء يضمه الراكب يضمناه؛ لأنهما مسببان كالراكب في غير الإبطاء، فيجب فيهما الضمان بالتعدى فيه كالراكب، وقوله: وما ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد يطرد وينعكس في الصحيح، وذكر القدورى أن السائق يضم النفحة بالرجل؛ لأنها بالمرأى عينه، فيمكنه الاحتراز عنها مع السير وغائبه وعن بصر الراكب والقائد، فلا يمكنها التحرز عنها، وعليه بعض مشايخ العراق، وجه الأول وعليه أكثر المشايخ أن السائق ليس له على رجلها شيء يمنعها به عن النفحة، فلا يمكنه التحرز عنها، بخلاف الكدم والصدم. (الزيلعى)

(٣) قوله: "وعلى" أى والراكب عليه الكفارة في الوطاء، ولا في غيره؛ لأنه تسبب وصرح في "البنية": بأنه لا كفارة على الراكب والقائد والسائق فيما وراء الإبطاء، وما في "العينية" من قوله: يعنى في الإبطاء وغير أصحاب حذف غيره أو إبدال الواو بـ"لا"، كما في أبى السعود، وإنما وجبت على الراكب الكفارة لأن التلف حصل بثقله، ونقل الدابة تبع له، كان سير الدابة مضاف إليه، وهى آله له، ولا تجب على سائق وقائد؛ لأنه يختص منهما شيء بالحل، والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبب، وكذا يتعلق بالإيفاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد؛ لأنه يختص بالمباشرة. (الطحطاوى والدر بتصرف)

(٤) قوله: "ضمن" وقال زفر والشافعى رحمه الله: على عاقلة كل نصف دية الآخر؛ لما روى ذلك عن على رضى الله عنه؛ ولأن كلابات بفعل نفسه وفعل صاحبه، لأنه ألم نفسه وصاحبه، فصر كما إذا اصطدما عمداً، أو جرح كل واحد نفسه وصاحبه، أو حفر في الطريق، فإنها عليهما يجب على كل منهما النصف.

ولنا أن الموات مضاف إلى فعل صاحبه؛ لأن فعله في نفسه مباح، وهو المشى في الطريق، فلا يصلح مستنداً للإضافة إليه، كما لماشى إذا لم يعلم البئر حيث لا يهدر شيء من دمه، وفعل صاحبه وإن كان مباحاً، لكنه يصير سبب للضمان في حق غيره، كالتائم إذا انقلب على غيره، وروى عن على رضى الله عنه مثل قولنا، رواه عبد الرزاق في "مصنفه"، فتعارضت روايته، فرجحنا بما ذكرنا، وفيما ذكر من المسائل الفعلان محظوران، فوضح الفرق. (الكشف وحاشيته)

كل دية الآخر، ولو^(١) ساق دابةً فوق السرج على رجل، فقتله
 ضمن، وإن قاد قطاراً، فوطئ^{رجل} بعير إنساناً ضمن عاقلة القائد^{من القطار}
 الدية^{الكاملة} (٢)، وإن كان معه سائق فعليهما^{أى مع القائد} (٣)، وإن^{رجل} ربط بعيراً على
 قطار رجع عاقلة القائد ما تلف على عاقلة الرابط، ومن أرسل
 بهيمة وكان سائقها، فأصابته في فورها ضمن^{أى كان ماشياً خلفها} (٤)، وإن^{بأن لا يميل يمنة أو يسرة ولا يقف}
 أرسل طيراً، أو كلباً، ولم يكن سائقاً، أو انفلتت دابته فأصابته^{المرسل} (٥)

(١) قوله: "ولو" يعنى إذا ساق دابة ولها سرج، فوق السرج على رجل فقتله، ضمن
 عاقلته الدية؛ لأنه متعد لتقصيره لإحكام، بخلاف الرداء؛ لأنه لا يقصد حفظه عادة، فلا يقيد
 بشرط السلامة. (عز)

(٢) قوله: "الدية" وذلك لأن القطار بيده يسير بسوقه، ويقف بإيقافه، فكان عليه
 صيانته، فما حدث من ذلك يكون مضموناً عليه، يضاف إليه ما حدث من القطار لتسببه، فيصير
 فى الحكم كأنه قتله خطأ، فتجب على عاقلته دية. (الشلبى)

(٣) قوله: "فعليهما" أى إذا كان مع القائد سائق يجب على عاقلتهما الضمان؛
 لاستواءهما فى التسبب؛ لأن قائد الواحد قائد للكل، وكذا سائقه لاتصال الازمة. (الزليعى)

(٤) قوله: "وإن" أى إذا ربط رجل بعيراً على قطار، والقائد لذلك القطار لا يعلم،
 فوطئ البعير المربوط إنساناً، فقتله، فعلى عاقلة القائد دية؛ لأنه يمكنه أن يصون قطاره عن ربط
 غيره به، فإذا ترك الصيانة صار متعدياً بالتقصير، وهو تسبب، وفيه الدية على العاقلة، كما فى قتل
 الخطأ، ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط؛ لأنه هو الذى أوقعهم فيه، وإنما لا يجب الضمان على
 القائد والرابط ابتداء مع أن كل واحد منهما مسبب؛ لأن القود بمنزلة المباشرة بالنسبة إلى الرابط؛
 لاتصال التلف به دون الرابط، فيجب عليه الضمان وحده، ثم يرجع به عليه. (الزليعى)

(٥) قوله: "ضمن" لأنه الحامل لهما ما أضيف فعلهما إليه، كما يضاف فعل المكره إلى
 المكره فيما يصلح آلة له، والمراد بالسوق أن يمشى خلفها معها، وإن لم يمش خلفها فما دامت فى
 فورها فهو سائق لها فى الحكم، فيلحق بالسوق، وأن تراخى انقطع السوق، وذكر فى "النهاية":
 أن المراد بالبهيمة الكلب. (الزليعى)

تقتل أي في ليل أي في نهار أي في قلع أو غيره
 مالا، أو آدمياً ليلاً أو نهاراً لا^(١)، وفي فقء عين شاة لقصاب،
 ضمن النقصان^(٢)، وعين بدنة الجزار^(٣) والفرس والحمار رُبع^(٤)
 القيمة.

باب^(٥) جناية المملوك والجناية عليه

وإن كانت كثيرة على المولى أي دفع رقبته لولى الجناية مرة واحدة بأن كان قنًا
 جنايات^(٦) المملوك لا توجب إلا دفعاً واحداً لو محلاً

(١) قوله: "لا [أي لا يضمن المرسل وصاحب الدابة]" أي لا يضمن في هذه الصور كلها
 أنا الطير فلان بدنه لا يحتمل السوق، فصار وجود السوق وعدمه سواء، فلا يضمن مطلقاً،
 بخلاف البهيمة، فإن بدنها تحتمل السوق، فيعتبر فيها السوق، ومن ثم قالوا: إذا أرسل بازيًا في
 الحرم، فقتل لا يضمن المرسل.

وأما الكلب فإنه وإن كان يحتمل السوق، لكنه لم يوجد منه السوق حقيقة، بأن يمشى
 خلفه، ولا حكمًا، بأن يصيب على فور الإرسال، والتعدى يكون بالسوق، فلا يضمن، وهذا لأن
 الأصل أن الفعل الاختياري يضاف إلى فاعله، ولا تجوز إضافته إلى غيره إلا أنا تركنا ذلك في فعل
 البهيمة إذا وجد منه السوق بقى على الأصل، ولا تجوز إضافته إليه لعدم الفعل منه مباشرة تسببًا.
 وأما انفلات البهيمة فلقوله ﷺ: «العجماء جبار»، أي فعل العجماء هدر، قال محمد
 رحمه الله: هي المنفلتة، وهذا صحيح ظاهر؛ لأن المركوبة والمسوقة والمفقودة في الطريق، أو في
 ملك الغير، أو المرسلة في الطريق فعلهما معتبر. (الزيلعي بحذف)

(٢) لأن المقصود منها اللحم، فلا يعتبر إلا نقصان المالية.

(٣) وكذا بغير الجزار، لكن ذكره كيلا يتوهم أنها معدة للحم، فحكمها حكم الشاة.

(٤) قوله: "ربع" قال الشافعي: فيه النقصان كالشاة، ولنا ما روى: «أنه عليه الصلاة
 والسلام قضى في عين الدابة بربع القيمة»، رواه الطبراني في "معجمه"، وكذا عمر رضى الله عنه،
 رواه عبد الرزق وابن أبي شيبة. (الكشف وحاشيته)

(٥) قوله: "باب" لما فرغ من جناية المالك وهو الحر، شرع في جناية المملوك، وأخر
 ذكرها لانحطاط رتبة المملوك. (الشبلي)

(٦) قوله: "جنايات" أي جناية العبد لا توجب إلا دفع رقبته إذا كان محلاً للدافع، بأن
 كان قنًا، وهو الذي لم يتعقد له شيء من أسباب الحرية، كالتدبير وأمومية الولد والكتابة، سواء
 كانت الجناية في النفس واحدة أو أكثر لا توجب إلا دفع رقبته إذا كانت الجناية في النفس موجبة

وإن لم يكن محلاً للدفع ولا يزداد عليها أى عبد رجل مولاه إن شاء ولى الجناية له، وإلا قيمة واحدة، جنى^(١) عبده خطأ دفعه بالجناية، فيملكه

والبواجب الأصلي هو الدفع بعده جناية أخرى أى الجناية الثانية أو فداه بأرشها، فإن فداه^(٢) فجنى فهي^(٣) كالأولى،

وإن جنى جنائتين دفعه بهما، أو فداه بأرشه^(٤)، فإنه

أعتقه غير عالم بالجناية، ضمن^(٥) الأقل من قيمته ومن

للمال، وإلا فقيمة واحدة، أى إن لم يكن مخلاً للدفع بأن العقد له شيء مما ذكرنا توجب جناية قيمة واحدة لا يزداد عليها، وإن تكرر الجناية.

وفى القن إذا جنى بعد الفداء يخير المولى بين الدفع والفداء كالجناية الأولى، وكذا كلما جنى بعد الفداء يؤمر بالدفع أو الفداء، بخلاف المدبر وأخته، فإنه لا يوجب إلا قيمة واحدة على ما نبين. (الزيلعى)

(١) قوله: "جنى" أى إن جنى عبد خطأ، دفعه سيده إلى المجنى عليه بسبب الجناية، أو فداه بأرشها حالا، لقول على: ما جنى عبد فى رقبته، يخير مولاه إن شاء فداه، وإن شاء دفعه، رواه ابن أبى شبة فى "مصنفه".

واعلم أن عندنا يجب على المولى جناية عبده، فيجب عليه دفعه أو فداه، وعند الشافعى يجب على العبد، فيباح إلا أن يفديه المولى، وفائدة الخلاف أن بعد العتق عنده يتبع، وعندنا لا يتبع.

قيّد بالخطأ لأن العمد فى النفس يجب فيه القصاص على العبد، بخلاف ما دون النفس، فإن فيه الدية خطأ كان أو عمداً؛ لأن القصاص لا يجرى فيه بين العبدین ولا بين الحر والعبد، وقيّدنا الدفع أو الفداء بكونه حالا؛ لأن العبد عين، ولا يجوز التأجيل فى الأعيان، والفداء بدل عنه فى الشرع، فيقوم مقامه، ويأخذ حكمه، ثم أيهما اختار المولى بالفعل، أو بالقول، فلا شيء لولى الجناية غيره. (شرح النقاية بتصرف)

(٢) أى فإن فدى المولى العبد.

(٣) قوله: "فهي" لأنه لما طهر عن الأولى بالفداء، فكأنها لم تكن، وهذه ابتداء جناية، والدفع هو الواجب الأصلي، ولذا يسقط بموت العبد لقوات المحل. (الكشف)

(٤) قوله: "بأرشه" لأن تعلق الأولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها، كاليون المتلاحقة، ثم إذ دفعه إليهم أقسموه على قدر حقوقهم. (الكشف والزيلعى)

(٥) قوله: "ضمن" لأن المولى فوت حق المجيء عليه بتصرفه فى الجانى تصرفاً يمنع عن دفعه إليه، فيضمنه، وإما ضمن الأقل لأن حقه فيه، ولا يصير مختاراً للفداء بهذا التصرف؛ لأنه لم يعلم بالجناية، ولا اختيار بدون العلم. (شرح النقاية)

أى ولو أعتقه حال كونه عالمًا بالجنائية ^{بالإجماع} الأرش، ولو ^(١) عالماً بها لزمه الأرش كبيعته ^(٢)، وتعليق ^(٣) عتقه
 العبد أى ما ذكر من القتل وغيره
 بقتل ^(٤) فلان، ورميه وشجّه إن فعل ذلك.

عبدٌ قطع يدَ حرٍّ عمداً، ودفع إليه، فحرره، فمات من
 أى سرابة قطع اليد
 اليد، فالعبد صلح بالجنائية، وإن لم يحرره، رده على
 أى يقتص العبد
 سيده ويقاد ^(٥)، جنى مأذون مديون خطأ فحرره
 أى عبد مأذون
 والأصل فيه أنه متى أحدث فيه تصرفاً يعجزه عن الدفع عالمًا بالجنائية يصير مختاراً للفداء
 وإلا فلا. (الزيلي)

(١) قوله: "ولو" أى إن أعتقه بعد علمه بجناية العبد يلزمه الأرش، كما لو باعه عالمًا
 بالجنائية؛ لأن الإعتاق، وكذا البيع يمنع الدفع، فالإقدام عليه اختيار منه للآخر. (عز)
 (٢) أى كما لزم الأرش فى بيعه العبد الجانى فى حال كونه عالمًا بالجنائية، وإلا يلزمه أقل
 الأمرين.

(٣) قوله: "وتعليق" أى ولو قال لعبده إن قتلت فلاناً، أو رميته، أو شججته، فأنت
 حر، كان مختاراً للفداء إن فعل العبد ذلك؛ لأنه علق العتق بالجنائية، والمعلق بالشرط ينزل عند
 وجود الشرط، كالمنجز عنده، فصار كما إذا أعتقه بعد الجنائية، ألا ترى أن من قال لامرأة: إن
 دخلت الدار فوالله لا أفربك، يصير ابتداء الإيلاء من وقت الدخول. (الزيلي بتصرف)
 (٤) أى بجنائية موجبة للمال، كالخطأ وشبه العمد، وإلا فالواجب القصاص، ولا شيء
 على المولى.

(٥) قوله: "ويقاد" لأنه إذا لم يعتقه وسرى ظهر أن الصلح كان باطلاً؛ لأن الصلح وقت
 على المال، وهو العبد عن دية اليد، إذ القصاص لا يجرى بين الحر والعبد فى الأطراف، وبالسراية
 ظهر أن دية اليد غير واجبة؛ لأن الواجب هو القود، فصار الصلح باطلاً؛ لأن الصلح لا بد له من
 مصالح عنه المال، ولم يوجد، فبطل الصلح، والباطل لا يورث شبهة، كما لو وطئ مطلقة ثلاثاً
 فى عدتها مع العلم بحرمتها عليه، فإنه لا يصير شبهة فى وراء الحد، فكذا هذا، فوجب القصاص.
 وأما إذا عتقه فقد قصد صحة الإعتاق ضرورة؛ لأن العاقل يقصد تصحيح تصرفه ولا
 صحة له إلا بالصلح عن الجنائية، وما يحدث منها ابتداء، ولهذا لو نص عليه ورضى به جاز، فكان
 مصالحاً عن الجنائية، وما يحدث منها ابتداء على العبد مقتضى الإقدام على الإعتاق، والمولى
 أيضاً مصالح معه على هذا الوجه راضى به؛ لأنه لما رضى بكون العبد عوضاً عن القليل كان أراضى
 بكونه عوضاً عن الكثير، فإذا أعتقه صح الصلح فى ضمن الإعتاق ابتداء، وإذا لم يعتقه لم يوجد

بالحنایة وإلا فعليه الأرض، كما تقدم

سيده بلا علم عليه^(١) قيمته لرب الدين، وقيمته لولى الجنایة،

مأذونة مديونة ولدت بيعت مع ولدها للدين، وإن جنت^{في حال الإذن من غير مولاهما}

فولدت لم يدفع^{أى لولى الجنایة} (٢) الولد له.

عبد^{لرجل} (٣) زعم رجل أن سيده حرره، فقتل وليه خطأ لا شيء

له عليه، قال (٤) معتق لرجل: قتلت أخاك خطأ وأنا عبد، وقال^{بفتح التاء}

الصلح ابتداء الصلح الأول وقع باطلا، فيرد العبد إلى المولى، والأولياء بالخيار، إن شاؤوا عفواً عنه، وإن شاؤوا قتلوه. (الزيلعى)

(١) قوله: "عليه" لأنه أتلّف حقين، الدفع إلى الأولياء، والبيع على الغرماء، وكل واحد منهما مضمون بكل القيمة حال الانفرا، فكذا عند الاجتماع. (الطحطاوى)

(٢) قوله: "لم يدفع" والفرق أن الدين وصف حكسى فيها واجب فى وقتها متعلق برقيتها، فيسرى إلى الولد كولد المرهونة، بخلاف الجنایة؛ لأن وجوب الدفع فى ذمة الولى لا فى ذمتها، فلا يسرى إلى الولد.

ثم اعلم أن شرط السراية إلى الولد أن تكون الولادة بعد لحوق الدين، أما إذا ولدت ثم لحقها الدين، لا يتعلق حق الغرماء بالولد، بخلاف الكسب حيث يتعلق حق الغرماء بها، سواء كسبت قبل الدين أو بعده. (المجمع)

(٣) قوله: "عبد" معناه إذا كان العبد لرجل، فزعم رجل أن مولاه أعتقه، فقتل العبد، وخطأ ولى ذلك الرجل الذى زعم أن مولاه أعتقه، فلا شيء له؛ لأنه لما زعم أن مولاه أعتقه أقر أنه تستحق على المولى دفع العبد، ولا الفداء بالأرض يستحق الدية عليهما وعلى العاقلة؛ لأنه حر، فيصدق فى حق نفسه، فيسقط الدفع والفداء عن المولى، ولا يصدق فى دعواه الدية عليهم إلا بحجة. (الزيلعى)

(٤) قوله: "قال" معناه إذا أعتق العبد ثم قال لرجل بعد العتق، قتلت أخاك خطأ ولياً وعنهما، وقال الرجل: بل قتلته وأنت حر، فالقول قول العبد؛ لأنه منكر للضمان لما أنه أسنده إلى حالة معهودة منافية للضمان، إذ الكلام فيما إذا كان رقه معروفاً، والوجوب فى جنایة العبد على المولى دفعاً، أو فداء، فصار كما إذا قال البائع العاقل: خلقت امرأتى وأنا صبى، أو بعت دارى وأنا صبى، أو قال: طلقت امرأتى وأنا مجنون، وقد كان جنونه معروفاً، كان القول قوله؛ لما ذكرنا. (عز والزيلعى)

بالإجماع رجل لأمنه التي أعنتها ^{حالية} بعد العتق، فالقول للعتق، وإن ^(١) قال لها: قطعت يدك وأنت أمتي، وقالت: بعد العتق، فالقول لها، وكذا كل ما أخذ منها إلا الجماع ^(٢) والغلة ^(٣).

أى دية المقتول ^{أو صبي} عبد محجور أمر صبياً حرّاً بقتل رجل فقتله، فديته على ^(٤)

(١) قوله: "وإن" معناه إذا أعتق رجل جارية ثم قال لها: قطعت يدك أنت أمتي، فقالت هي: بل قطعتها وأنا حرة، فالقول قولها، وكذا القول قولها: في كل ما أخذ منها إلا الجماع والغلة استحساناً، وهذا عندهما، وقال محمد رحمه الله: لا يضمن إلا شيئاً قائماً بعينه، كما إذا قال: أخذت هذا المال منك قبل العتق، وقالت: بل بعد العتق. (الكشف) يؤمر برده عليها؛ لأنه منكر وجوب الضمان لإسناد الفعل إلى حالة معهودة مناقبة، كما في المسألة الأولى، وكما في الوطء، وفي القائم أقر بيدها حيث اعترف بأخذ منها، ثم ادعى التملك عليها، وهي تنكر، فالقول قول المنكر، فلهذا يؤمر بالرد إليهما. ولهما أنه أقر بسبب الضمان، ثم ادعى ما يبرئه، فلا يكون القول قوله، كما إذا قال لغيره: أذهب ضوء عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة، ثم فقتت، فقال المقر له: لا، بل أذهبتا وعينك اليمنى مفقودة، فإن القول قول مقر له، وهذا لأنه لم يسنده إلى حالة منافية للضمان؛ لأنه يضمن يدها إذا قطعها وهي مديونة، بخلاف الوطء والغلة؛ لأن وطء المولى أتمه المديونة لا يوجب العقر، وكذا أخذ من غلتها، وإن كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه، فحصل الإسناد إلى حالة معهودة منافية للضمان في حقهما. (الزيلعي)

(٢) أى الوطء، بأن قال: وطئت وأنت أمتي، وقالت: لا، بل بعد العتق.

(٣) بأن قال: أخذت من غلك وأنت أمتي، وقالت: لا، بل بعد العتق.

(٤) قوله: "على" لأنه القاتل وعمده وخطأ سوء، ولا شيء على الآخر؛ لأن المحجور يؤاخذ بأقواله، ورجعت العاقلة عليه بعد العتق؛ لأن منع الرجوع، كان لحق المولى، وقد زال، وقيل: لا ترجع؛ لأن هذا ضمان جنائية، وهو على المولى لا على العبد، وقد تعذر إيجابه على المولى لمكان الحجر، وهذا أوفق للقواعد وعدم الرجوع رواية "الزيادات" قيد بالعبد؛ لأنه لو كان الأمر حرّاً بالغاً ترجع عاقلة الصبي على عاقلته الأمر؛ لأنه مسبب إذ الولاء له، لما قتله لضعف فيه وليس أمره، كالاقرار حتى يقال: إن العاقلة لا تتحمل الاعتراف؛ لأن الأمر لا يحتمل الكذب، فهو تسبب، أما الإقرار فيحتمله.

وقيد بالمحجور؛ لأنه لو كان مكاتباً بالغاً ترجع عاقلة الصبي بأقل من قيمته ومن الدية، بخلاف ما إذا كان الآخر عبداً مأذوناً حيث لا يرجع عليه العاقلة إلا بعد العتق. (الكشف مع تقديم

عاقلة الصبي، وكذا^(١) أي وكذا الحكم إن أمر عبداً عبداً قتل رجلين

عمداً، ولكل وليان، فعفى أحد وليي كل منهما، أي لكل واحد من المقتولين

دفع^(٢) سيده نصفه إلى الآخرين، أو فداه بالدية، فإن أي سيد العبد أي نصف العبد وهما الوليان اللذان لم يعفوا أي العبد الكاملة

قتل أحدهما عمداً والآخر خطأ، فعفى أحد وليي العبد أي الرجلين في المسألة المذكورة

العمد، فدى بالدية لولي الخطأ، وب نصفها لأحد وليي الفداء الجزائية دخلت على ماض من ودى يدى وهو الذى لم يعف

العمد، أو دفعه إليهم أثلاثاً^(٣)، عبدهما^(٤) قتل قريبهما فعفى أي أو دفع المولى العبد أي عبد رجلين عمداً أي مثل قريباً الرجلين

وتأخير

(١) قوله: "وكذا" معناه أن يكون الأمر عبداً والمأمور أيضاً عبداً محجوراً عليهما، فيخاطب مولى القاتل بالدفع، أو الفداء، ولا رجوع له على الأمر في الحال، ويرجع بعد العتق بالأقل من الفداء وقيمة العبد؛ لأنه غير مضطر في رفع الزيادة، وهذا إذا كان القتل خطأ، وكذا إذا كان عمداً، والعبد القاتل صغيراً؛ لأن عمده خطأ على ما بينا، وأما إذا كان كبيراً يجب القصاص؛ لأنه من أهل العقوبة. (الزيلعي بحذف)

(٢) قوله: "دفع" أي للمولى الخيار، إن شاء دفع نصف العبد إلى الذين لم يعف من وليي القتيلين، وإن شاء فداه هدية كاملة؛ لأنه لما عفا أحد ولي كل واحد منهما سقط القصاص في الكل، وانقلب نصيب الساكتين مالا، وهو دية كاملة؛ لأن كل واحد من القتيلين يجب له قصاص كامل على حدة، فإذا سقط القصاصان وجب أن ينقلب كله مالا، وذلك ديتان، فيجب على المولى عشرون ألفاً، أو دفع العبد غير أن نصيب العافيين، سقط مجاناً، فانقلب نصيب الساكتين مال، وذلك دية واحدة لكل منهما نصف الدية، أو دفع نصف العبد لهما، فيخير المولى بينهما. (الزيلعي)

(٣) قوله: "أثلاثاً" لأن ولي الخطأ حقهما في الدية عشرة آلاف درهم، وحق ولي العمد في القصاص، فإذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر مالا، وهو نصف الدية خمسة آلاف درهم، فإذا فدى، فداه بخمسة عشر ألف درهم، عشرة آلاف درهم لولي الخطأ، وخمسة آلاف لغير المعافى من ولي العمد، وإن دفعه، دفعه إليهم أثلاثاً ثلثيه لولي الخطأ، وثلثيه للساكت من ولي العمد بطريق العول؛ لأن حقهم في الدية كذلك، فيضرب وليا الخطأ بعشرة آلاف، ويضرب غير المعافى من ولي العمد بخمسة آلاف، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله: يدفعه أربعاً بطريق المنازعة أثلاثاً أربعاً لولي الخطأ،

أحدهما، بطل الكل.

فى بيان ما يجب بقتل العبد

فصل (١)

قتل (٢) عبد خطأ تجب قيمته، ونقص عشرة لو كانت

وربعه لغير العافى من ولى العمد؛ لأن نصفه سلم لولى الخطأ بلا منازعة، واستوت منازعتهم فى النصف الآخر، فيتَنَصَّف. (الزيلعى)

(٤) قوله: "عبد هما" معناه إذا كان عبد بين رجلين، فقتل قريباً لهما كأبيهما أو أخيهما، فعفا أحدهما بطل الجميع، فلا يستحق غير العافى منهما شيئاً من العبد غير نصيبه الذى كان له من قبل، وكذا إذا كان العبد لقريب لهما، أو لمعتقهما فقتل مولاه، فورثاه بطل الكل، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يدفع الذى عفا نصف نصيبه إلى الآخر إن شاء، وإن شاء فدها برع الدية؛ لأن حق القصاص ثبت لهما فى العبد على الشيوخ؛ لأن الملك لا ينافى استحقاق القصاص عليه للمولى، فإذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر، وهو النصف مالا، غير أنه شائع فى كل العبد، فيكون نصفه فى نصيبه، ونصفه فى نصيب صاحبه، فما أصاب نصيبه سقط؛ لأن المولى لا يستوجب على عبده مالا، وما أصاب نصيب صاحبه ثبت، وهو نصف النصف، وهو الربع، فيدفع نصف نصيبه أو لقرية برع الدية.

ولأبى حنيفة رحمه الله أن ما يجب من المال يكون حق المولى؛ لأنه بدل دمه، ولهذا قضى منه ديونه، وتنعقد منه وصاياه، ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته، وللمولى لا يستوجب على عبده مالا، فلا يعتقه الورثة فيه؛ ولأن القصاص لما صار مالا، صار بمعنى الخطأ، وفيه لا يجب شيء، فكذا ما فى هو معناه. (الزيلعى)

(١) قوله: "فصل" لما فرغ من جناية العبد على غيره شرع فى أحكام الجناية عليه؛ لأن الفاعل يقدم على المفعول وجوداً، فوجب ترتيبه كذلك للمناسبة. (الشلبى)

(٢) قوله: "قتل" أى لو قتل رجل عبداً خطأ، يجب عليه قيمته، فإن بلغت قيمة العبد دية الحر، بأن بلغت عشرة آلاف درهم أو أكثر منها، أو بلغت قيمة الأمة المقتولة خطأ دية الحرية، بأن بلغت خمسة آلاف درهم، نقص من كل من القيمتين عشرة من الدراهم إظهاراً لدنو رتبته، ولقول ابن مسعود: "ولا يبلغ بقيمة العبد دية الحر، وينقص منه عشرة دراهم، رواه القدورى فى شرح مختصر الكرخى"، وبه قال النخعى والشعبي، رواه عبد الرزاق وابن أبى شيبه، وهذا كالمروى عن النبى ﷺ؛ لأن المقادير لا تعرف بالقياس، وإنما طريق معرفتها السماع من صاحب الوحي، وهذا عند أبى حنيفة ومحمد، وأبى يوسف أولاً، وهو قول الثورى ورواية عن أحمد.

وقال أبو يوسف آخر: تجب قيمته بالغة من بلغت؛ لأن الضمان بدل المالية، ولهذا يجب للمولى، وهو لا يملك إلا من حيث المالية، ولو كان بدل الدم لكان للعبد، إذ هو فى حق الدم تبقى

عشرة آلاف أو أكثر^(١)، وفي الأمة عشرة^(٢) من خمسة آلاف،
 أى ونقص فى... إلخ. أى وفى العبد المغصوب
 وفى^(٣) المغصوب تجب قيمته ما بلغت، وما قدر من دية
 الحر قدر من قيمته^(٤)، ففى يده نصف قيمته،
 لأن قيمة العبد فى القتل كدية الحر
 قطع يد عبد، فحرره سيده فمات منه، وله
 أى وإن لم يكن له غير المولى اقتص من القاطع. المولى لعبدية
 ورثة غيره، لا يقتص^(٥)، وإلا^(٦) اقتص منه، قال^(٧):

على أصل الحرية، فصار كالقليل القيمة، وهو مروى عن عمر وعلى، وهو قول مالك والشافعى
 وأحمد وابن سيرين وابن المسيب وعمر بن عبد العزيز والزهرى وإسحاق ومكحول وإياس بن
 معاوية والحسن.

ولأبى حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى: ﴿وَدِيَّةٌ مِّمَّا سَلَمتُ إِلَى أَهْلِهِ﴾ أوجبها مطلقاً من
 غير فصل بين أن يكون حراً أو عبداً، والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية، وهو آدمى، فيدخل تحت
 النص، وهذا لأن المذكور فى الآية حكمان: الدية والكفارة قيمته، والعبد داخل فيها فى حق
 الكفارة بالإجماع لكونه آدمياً، فكذا فى حق الدية؛ لأنه آدمى، وهذا يجب القصاص بقتله
 بالإجماع، ويكون مكلفاً، ولو لا أنه آدمى لما وجب القصاص، ولا كلف كسائر الأموال، غاية
 الأمر أن يقال فيه: معنى المالية، وذلك لا يمنع اعتبار الآدمية بدليل ما ذكرنا من الأحكام. (الزبلى
 وشرح النقاية)

(١) أى يسقط الزائد على عشرة آلاف بتمامه وعشرة دراهم من عشرة آلاف إن كانت
 القيمة أكثر من عشرة الآلاف. (الكشف)

(٢) أى نقض عشرة دراهم من خمسة آلاف إن كانت قيمتها خمسة آلاف أو أكثر.
 (الكشف)

(٣) قوله: "وفى" يعنى إذا هلك العبد فى يد الغاصب، فتجب قيمته بالغة ما بلغت
 بالإجماع؛ لأن ضمان الغصب يكون باعتبار المالية لا باعتبار الآدمية. (المجمع)

(٤) قوله: "قيمة" فإن كانت قيمته عشرة آلاف أو أكثر يجب خمسة آلاف إلا خمسة
 دراهم؛ لأن القيمة فى العبد كالدية فى الحر، إذ هو بدل الدم على ما بيناه، فيكون فى يده نصف
 قيمته، لا يزداد على خمسة آلاف إلا خمسة؛ لأن اليد من الآدمى نصفه، فيعتبر بأكمله، وينقص هذا
 المقدار إظهاراً لدنو رتبته. (شرح النقاية)

(٥) قوله: "لا يقتص" وإنما لا يقتص لاشتباهه من له الحق؛ لأن المعتبر إن كان وقت
 الجرح، فالمستحق السيد، وإن كان وقت الموت فكذلك الوارث وحده، أو مع السيد، وجهالة

أى العبدان شج كل منهما فى رأسه

أى أرض العبدان أى أرض شجتهما

أحدكما حر فشجا فبين فى أحدهما، فأرشهما للسيد.

رجل

مولاة الخيار أشار إليه بقول دفع... إلخ المفقود

فقاً^(١) عيني عبد دفع سيده عبده، وأخذ قيمته، أو أمسكه،

أى نقصان القيمة

أى أو جنت

ولا يأخذ النقصان، جنى^(٢) مدبر أو أم ولد ضمن السيد الأقل

المقضى له تمتع الحكم، أى بالقصاص، أما الدية فللوارث وحده، أو له مع الولي. (الطحاوى مع تغيير)

(٦) قوله: "ولا" أى وإن لم يكن له غير المولى اقتص منه خلافاً لمحمد، فقال: لا يقتص؛ لأن القود يجب بالموت مستنداً إلى وقت الجرح، فإن اعتبر وقت الجرح نسب الولاية الملك، وإن اعتبر وقت الموت، فسيبها الورثة بالولاء، فجهالة سب الاستحقاق تمنع القود، ولهما أن يقاله السبب لا تعتبر عند تيقن من له الحق. (الطحاوى بتصرف)

(٧) قوله: "قال" يعنى إذ قال لعبديه: أحدكما حر، ثم شجا، فبين العتق فى أحدهما بعد ذلك الشج، فأرشهما للمولى؛ لأن العتق غير نازل فى المعين، والشجة تصادف المعين، فبقيا مملوكين فى حق الشجة. (الزليعى)

(١) قوله: "فقاً" أى إذا فقاً رجل عيني عبد، فالمولى بالخيار، إن شاء دفع العبد المفقود عينه إلى الفاقى، وأخذ قيمته كاملاً، وإن شاء أمسكه، ولا شىء له، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله.

وقالا: إن شاء أمسك العبد، وأخذ ما نقصه، وإن شاء دفع العبد وأخذ قيمته، لهما أنه فى الجناية بمنزلة المال، فأوجب ذلك تخير المولى على الوجه المذكور، كما فى سائر الأموال. وله أن المالية وإن كانت معتبراً فى الذات، فالأدمية غير مهددة فيه وفى الأطراف، ألا ترى أن عبداً لو قطع يد عبد آخر يؤمر مولاة بالدية أو الفداء، وهذا من أحكام الأدمية؛ لأن موجب الجناية شىء المال أن تباع رقبته فيها، ثم من أحكام الأدمية أن لا ينقسم الضمان على الجزء الفائت والقائم، بل يكون بإزاء الفائت لا غير، ولا فيملك اجنة، ومن أحكام المالية أن ينقسم على الجزء الفائت والقائم، ويتملك الاجنة فوفرنّا على الشبهين حظهما، فقلنا: بأنه لا ينقسم اعتباراً للأدمية، ويتملك بالاجنة اعتباراً للمالية، وهذا أولى مما قالوا، فلأن فيما قالاه اعتبار جانب المالية فقط، وهو أولى، وإهدار جانب الأدمية وهو أعلى. (المجمع والزليعى)

(٢) قوله: "جنى" أى إن جنى مدبراً وجبت أم ولد ضمن السيد الأقل من قيمته، أى قيمة كل منهما ومن الأرض، وقال الشافعى: المدبر فى الجناية، فتكون جناية فى رقبته، ويخير المولى بين أن يدفعه فيباع بالجناية وبين أن يضربه، فلو أراد الفداء فعنه قولان: أحدهما: يفديه بأرّش الجناية بالغاً ما بلغ، وهو قول مالك فى تقن، ورواية عن أحمد، وثانيهما: يفديه بالأقل من قيمته ومن أرّش الجناية، وهو رواية عن أحمد.

بعد ذلك أى أولى الجناية

من القيمة ومن الأرض، فإن دفع القيمة بقضاء فجنى أخرى
 أى لم يدفع القيمة لولى الأولى بغير... إلخ
 شارك^(١) الثانى الأول، ولو^(٢) بغير قضاء اتبع السيد، أو لولى
 الأولى
 الجناية.

وقال مالك: لا يباع المدبر فى جنائته، ويستخدمه المجنى عليه بقدر أرض جنائية، فإذا استوفى من خدمته رجع إلى مولاه مدبراً، ويفتدى خدمته بقدر أرض جنائية.
 ولنا ما أخرجه ابن أبى شيبه فى "مصنفه": عن معاذ بن جبل عن أبى عبيدة بن الجراح أنه قال: جناية المدبر على مولاه، وأخرج نحوه عن الشعبي والنخعى وعمر بن عبد العزيز والحسن.
 (شرح النقاية)

(١) قوله: شارك [يعنى شارك لولى الجناية الثانية لولى الجناية الأولى] أى إذ دفع المولى القيمة لولى الجناية الأولى بقضاء القاضى، ثم جنى جنائية أخرى بعد ذلك، فلا شىء على المولى؛ لأن جنائياته كلها لا توجب إلا قيمة واحدة، ولا تعدى من المولى بدفعها إلى لولى الجناية الثانية لولى الأولى، فيشاركه فيهما، ويقتسمانها على قدر حقهما. (الزيلعى)

(٢) قوله: "ولو" أى لو دفع المولى القيمة إلى لولى الجناية الأولى بغير قضاء، كان لولى الجناية الثانية بالخيار، إن شاء اتبع المولى بحصته من القيمة، وإن شاء اتبع لولى الجناية الأولى، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله، وقالوا: لا شىء على الولي؛ لأنه فعل عين ما يفعله القاضى، ولا تعدى منه بتسليمه إلى الأول؛ لأنه حين دفع الحق إلى مستحقه لم تكن الجناية الثانية موجودة، ولا علم له بما يحدث حتى يجعل متعدداً.

ولأبى حنيفة رحمه الله تعالى أن جناية المدبر توجب قيمة واحدة، وهم شركاء فيها، والجناية المتأخرة كالمقارنة، ولهذا يشتركون فيها كلهم جميعاً، ثم إذا دفعها إلى الأول باختياره صار متعدداً فى حق الثانى؛ لأن حصته وجبت عليه، وليس له ولاية عليه، فإذا لم ينفذ دفع المولى فى حق الثانى، فالثانى بالخيار، إن شاء اتبع الأول؛ لأنه قبض حقه ظلماً، فصار به ضامناً، فيأخذه منه، وإن شاء اتبع المولى؛ لأنه دفع حقه بغير إذنه، فإذا أخذ منه رجع المولى على الأول بما ضمن للثانى، وهو حصته؛ لأنه قبضه بغير حق، فيسترده منه، وهذا لأنه لا يجب عليه إلا قيمة واحدة، فلو لم يكن له حق الرجوع لكان الواجب عليه أكثر من القيمة. (التكملة)

باب^(١) غضب العبد والمدبر والصبيوالجناية في ذلك^(٢)

رجل أى عبد نفسه أى من قطع اليد يعنى بالسعاية
 قطع يد عبده، فغضبه رجل، ومات منه، ضمن^(٣) قيمته
 المولى أى من القطع
 اقطع، وإن قطع يده فى يد الغاصب، فمات منه برئ^(٤)،
 عليه عبداً محجوراً عليه
 غضب^(٥) محجور مثله فمات فى يده ضمن.
 السيد أى قيمة المدبر
 مدبر^(٦) جنى عند غاصبه ثم عند سيد ضمن قيمته

(١) قوله: "باب" لما ذكر جناية العبد والمدبر ذكر فى هذا الباب جنايتها مع غضبهما؛ لأن
 المفرد قبل المركب. (الشلبى)

(٢) أى فيما ذكر من العبد والمدبر والصبي.

(٣) قوله: "ضمن" لأن الغضب سبب الملك كالبيع؛ لأن المضمونات تملك عند أداء
 الضمان مستنداً إلى أول الغضب، ولما كان الغضب من أسباب الملك، كان تخلله بين الجناية
 والسرابة قاطعاً للسرابة كالبيع إذا تخلل، فيصير كأن العبد الأقطع هلك عند غاصبه بأفة سماوية،
 ألا ترى لو أن رجلاً قطع يد عبد، فباعه فمات فى يد المشتري، مات من مال المشتري؛ لأن قبض
 المشتري صار فاصلاً بين القطع والهلاك، فكذا هذا. (الطحطاوى)

(٤) قوله: "برئ" بصيرورته متلفاً، فيصير مسترداً؛ لأن ما يصير به المشتري قابضاً
 للمبيع يصير به المغصوب منه مسترداً للغضب، فيبرأ الغاصب من الضمان. (الطحطاوى والدر)

(٥) قوله: "غضب" أى إذا غضب العبد المحجور عليه عبداً محجوراً عليه، فمات
 المغصوب فى يد الغاصب؛ لأن المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله، وهذا من أفعاله فيضمن. (الزليعى)

(٦) قوله: "مدبر" أى إذا غضب رجل مدبراً فجنى عنده جناية، ثم رده على مولاه،
 فجنى عنده جناية أخرى، ضمن المولى قيمته لولى الجنائتين، فيكون بينهما نصفين؛ لأن موجب
 جناية المدبر وإن كثرت قيمة واحدة، فيجب ذلك على المولى؛ لأنه هو الذى أعجز نفسه عن الدفع
 بالتدبير السابق من غير أن يصير مختاراً للفداء، كما فى الفن، إذا أعتقه بعد الجنائيات من غير أن
 يعلمها، وإنما كانت القيمة بينهما نصفين لاستواءهما فى السبب. (الزليعى)

أى لولى الجنايتين المولى
 لهمما، ورجع^(١) بنصف قيمته على الغاصب، ودفع^(٢) إلى
 أى بالذى دفعه إلى لولى الجناية الأولى
 الأول، ثم^(٣) رجع به على الغاصب، وبعبكسه^(٤) لا يرجع به

(١) قوله: "رجع المولى" بنصف ما ضمن من قيمة المدبر فى الغاصب؛ لأنه ضمن القيمة بالجنايتين، نصفها بسبب كان عند الغاصب، والنصف الآخر بسبب وجد عنده، فيرجع عليه بسبب لحقه من جهة الغاصب، فصار كأنه لم يرد نصف العبد؛ لأن رد المستحق بسبب وجد عند الغاصب كل رد. (الزيلعى)

(٢) قوله: "دفع" أى دفع المولى نصف القيمة التى أخذها من الغاصب إلى لولى الجناية الأولى، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله، وقال محمد رحمه الله: لا يدفعها إليه؛ لأن الذى يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم، ولولى الجناية الأولى؛ لأنه إنما رجع على الغاصب بسبب ذلك، فلا يدفع إليه كيلا يؤدى إلى اجتماع البدل والمبدل فى ملك رجل واحد، وكيلا يتكرر الاستحقاق.

لهما أن حق الأول فى جميع القيمة؛ لأنه حين جنى عليه لا يزاحمه فيستحق كله، وإنما انتقض باعتبار مزاحمة الثانى، فإذا وجد شيئاً من بدل العبد فى يد المالك فارغاً عن الحق أخذه لبيتم حقه.

وقوله: عوض ما سلم لولى الجناية الأولى، قلنا: هو كذلك لكن ذلك فى حق المولى والغاصب؛ لأن ما أخذه المولى من الغاصب عوض المدفوع إلى لولى الجناية الأولى، وأما فى حق المجنى عليه فهو عوض ما لم يسلم له. (الزيلعى)

(٣) قوله: "ثم" أى رجع المولى بذلك الذى دفعه إلى لولى الجناية الأولى ثانياً على الغاصب عندهما؛ لأنه استحق من يده بسبب كان فى يد الغاصب، فيرجع عليه بذلك، فصار كأنه لم يرد، ولم يضمن له شيئاً، إذا لم يبق له شيء من العبد، أو من بدله فى يده. (الزيلعى)

(٤) قوله: "بعبكسه" أى بعكس ما ذكر لا يرجع المولى على الغاصب بالقيمة ثانياً، وصورته: أن المدبر جنى عند مولاه أولاً، فغصبه رجل، فجنى عنده جناية أخرى، ثم رده على المولى، ضمن قيمته لولى الجنايتين، فيكون بينهما نصفين، ثم يرجع المولى على الغاصب بنصف القيمة؛ لأنه استحق عليه بسبب كان فى يد الغاصب، فيدفعه إلى لولى الجناية الأولى بالإجماع.

أما عندهما فظاهر لما بينا، وأما عند محمد رحمه الله فإنما امتنع الدفع إلى لولى الجناية الأولى فى المسألة الأولى كيلا يجتمع البدل والمبدل فى ملك واحد على ما بينا، وهنا لا يلزم ذلك؛ لأن ما أخذه من الغاصب عوض دفع إلى لولى الجناية الثانية، فإذا دفعه إلى لولى الأولى لا يجتمع البدلان فى ملك واحد، وفى الأولى يجتمع؛ لأنه عوض ما أخذه هو بنفسه، ثم إذا دفعه إلى لولى الأولى لا يرجع به على الغاصب بالإجماع، وهو المراد بقوله: وبعبكسه لا يرجع به ثانياً.

أما عند محمد فظاهر؛ لأنه لم يرجع فى المسألة الأولى عنده ثانياً؛ لأن المولى لما لم يدفع ما

أى فى حكم الغصب

اتفاقاً واختلافاً

ثانيًا، والقسن كالمدير غير أن المولى يدفع العبد

أى الغاصب على المولى

أى وفى حكم الجنابة بدون الغصب

هنا، وثمة القيمة، مدير^(١) جنى عند غاصبه فرده فغصبه،فجنى على سيده قيمته لهما، ورجع^(٢) بقيمته على الغاصب،

الذى دفعه ثانيًا إلى ولى الجنابة الأولى

أى إلى ولى الجنابة الأولى

ودفع^(٣) نصفها^(٤) إلى الأول، ورجع بذلك النصف على^(٥)

أخذه من الغاصب إلى ولى الأولى، سلم له ما أخذه من الغاصب، فلم يتصور الرجوع عليه، وهنا لم يسلم له بالإجماع مع وهذا لا يرجع على الغاصب بالإجماع بما دفع ثانيًا؛ لأن الذى دفعه المولى إلى ولى الجنابة الأولى ثانيًا هنا بسبب جنابة وجدت عنده، فلا يرجع به على أحد، بخلاف المسألة الأولى عندهما؛ لأن دفع المولى ثانيًا إلى ولى الجنابة الأولى فيها بسبب جنابة وجدت عند الغاصب، فيرجع عليه به لما ذكرنا. (الزيلعى)

(١) قوله: "مدير" أى إذا غضب رجل مدبراً فجنى عنده جنابة، فرده على المولى، ثم غصبه ثانيًا، فجنى عنده جنابة أخرى، فعلى المولى قيمته بين ولى الجنابتين نصفين؛ لأنه منعه بالتدبير، فوجب عليه قيمته على ما بينا. (التكملة)

(٢) قوله: "ورجع" لأن الجنابتين كانتا فى يد الغاصب، فاستحق كله بسبب كان فى يده، فيرجع عليه بالكل، بخلاف المسائل المتقدمة، فإنه هناك استحق النصف بسبب كان عنده، والنصف بسبب كان فى يد المالك، فيرجع بالنصف لذلك. (الزيلعى)

(٣) قوله: "ودفع" أى دفع المولى نصف القيمة المأخوذة من الغاصب ثانيًا إلى ولى الجنابة الأولى؛ لأنه استحق كل القيمة لعدم المزاومة عند وجود جنابة، وإنما انتقص حقه بحكم المزاومة من بعد. (التكملة)

(٤) أى نصف القيمة المأخوذة من الغاصب ثانيًا.

(٥) قوله: "على" أى رجع المولى بالنصف الذى دفع ثانيًا إلى ولى الجنابة الأولى على الغاصب؛ لأن استحقاق، وهذا النصف ثانيًا بسبب كان من اليد الغاصب، فيرجع به عليه، ويسلم له ذلك، ولا يدفعه إلى ولى الجنابة الأولى؛ لأنه استوفى حقه، ولا إلى ولى الثانية؛ لأنه لا حق له إلا فى النصف بسبق حق الأولى عليه، وقد وصل ذلك إليه، وهذا لأن الثانى لم يستحق إلا النصف لوجود المزاوم وقت وجود جنابة، والمزاومة موجودة، فيبقى على ما كان، بخلاف ولى الأولى؛ لأنه استحق الكل وقت الجنابة عليه، وإنما رجع حقه إلى النصف للمزاومة، فإذا وجد شيئاً من بدل العهد أخذه حتى يستوفى حقه. (الزيلعى)

الغاصب، غصب^(١) صبياً حرّاً، فمات في يده فجأة، أو
 ر جل المراد بغصبه الذهاب الصبي المذكور عند الغاصب
 بحمى لم يضمن، وإن مات بصاعقة، أو نهش حية، فديته
 على عاقلة الغاصب، كصبي^(٢) أودع عبداً فقتله، وإن أودع
 طعاماً فأكله لم يضمن.

(١) قوله: "غصب" أى من غصب صبيّاً لا يعبر عن نفسه حرّاً، فمات عنده فجأة، أو مات بحمى لم يضمن، وإن مات بصاعقة، أو نهش ضمن عاقلة الغاصب دية الصبي، والقياس أن لا يضمن فى الوجهين؛ لأن الغصب فى الحر لا يتحقق، وهو قول زفر ومالك والشافعى وأحمد. ولنا وهو وجه الاستحسان أن هذا ضمان إتلاف لا ضمان غصب؛ لأن نقله إلى أرض السباع أو إلى مكان الصواعق تسبب فى هلاكه، وتعدّ عليه تفويت يد حافظه، وهو الولي؛ لأن الصواعق والحيات والسباع لا تكون بكل مكان، بخلاف الموت فجأة أو بحمى، فإن ذلك لا يختلف باختلاف الأماكن، حتى لو نقله إلى مكان يغلب فيه الحمى والأمراض ضمن عاقلة الدية لكونه تسبب فى هلاكه. (شرح النقاية بتصرف)

(٢) قوله: "كصبي" أى يضمن عاقلة الغاصب كما يضمن عاقلة الصبي إذا قتل عبداً أودع عنده، وإن أودع طعاماً فأكله لم يضمن، وهذا الفرق بين العبد المودع والطعام المودع قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف والشافعى: يضمن الصبي المودع فى الوجهين. لأبى يوسف والشافعى أنه أتلف مالا معصوماً متقوماً حقاً للمالك، فيجب عليه ضمانه، ولهما أن المال غير العبد ليس بمعصوم نفسه لنفسه، بل معصوم لحق المالك، وقد فوت العصمة على نفسه حيث وضع ماله فى يد الصبي، بخلاف العبد، فإن عصمته لحق نفسه، إذ هو مبقى على أصل الحرية فى حق الدم، فلهذا قلنا: بضمان العاقلة قيمة العبد. (الزيلعى والمجمع)

باب (١) القسامة (٢)

قتيل وجد في محلة لم يدر قاتله حلف (٣) خمسون رجلا
 أي ولي القاتل متعلق بقوله: حلف
 منهم يتخيرهم (٤) الولي بالله ما قتلناه (٥) وما عملنا له قاتلا، فإن
 أي فعلى عاقلة أهل... إلخ في ثلاث سنين
 حلفوا، فعلى أهل المحلة الدية، ولا (٦) يحلف الولي وحسب (٧)

(١) قوله: "باب" لما كان أمر القاتل يؤل إلى القسامة إذا لم يعرف قاتله شرع في بيانها؛
 لأنه يحتاج إليها على ذلك التقدير، ثم القسامة عبارة عن الأيمان التي تعرض على خمسين رجلا
 من أهل المحلة، أو الدار إذا وجد فيها قتيل لم يعرف قاتله، فإن لم تبلغ الرجال خمسين رجلا تكرر
 اليمين إلى أن يتم خمسين يمينا. (الشلبى)

(٢) هي لغة: بمعنى القسم، وهو اليمين مطلقا، أو شرعا اليمين بالله تعالى بسبب
 مخصوص على شخص مخصوص على وجه مخصوص. (الدر المختار)

(٣) قوله: "حلف" لما روى سعيد بن المسيب أن النبي ﷺ بدأ باليهود بالقسامة، وجعل
 الدية عليهم لوجود القاتل بين أظهرهم، رواه عبد الرزاق وابن أبي شيبة في "مصنفيهما"،
 والواقدي في غزوة خيبر. (الكشف وحاشيته)

(٤) هذا نص على أن الخيار إلى الولي؛ لأن اليمين حقه، والظاهر أنه يختار من يتهمه
 بالقتل، أو أهل الخبرة بذلك، أو صالحى أهل المحلة؛ لما أن تحرزهم عن اليمين الكاذبة أبلغ، فيظهر
 القاتل. (الزيلعى)

(٥) قوله: "ما قتلناه" هذا على سبيل الحكاية عن الجمع، وأما عند الخلاف، فيحلف كل
 واحد منهم بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلا لجواز أنه قتله وحده، فيجتري على يمينه بالله ما قتلناه
 يعنى جميعا، ولا يعكس؛ لأنه إذا قتله مع غيره كان قاتلا له. (ز)

(٦) قوله: "ولا" وقال الشافعى: إذا كان هناك لوث استحلف الأولياء خمسين يمينا،
 ويقضى لهم بالدية على المدعى عليه عمدا كانت الدعوى أو خطأ، وقال مالك: يقضى بالقود في
 دعوى العمد، وهو أحد قول الشافعى، واللوث عندهما علامة القتل أو عداوة ظاهرة، أو شهادة
 عدل، أو جماعة غير عدل، ولنا قوله عليه السلام: «البينة على المدعى واليمين على المنكر». (الكشف)

(٧) قوله: "وحسب" لأن اليمين مستحقة عليه لذاته تعظيما لأمر الدم، ولهذا يجمع
 بينه وبين الدية، بخلاف النكول فى الأموال؛ لأن اليمين بدل عن أصل حقه، ولهذا يسقط ببذل

الآبَى حَتَّى يُحْلَفَ، وَإِنْ لَمْ يَتِمَّ الْعَدَدُ كَرَّرَ^(١) أَيُّ عِدَدٍ خَمْسِينَ نَفَرًا
 أَيُّ عَلَى مَنْ وَجَدَ أَقْلَ مِنَ الْخَمْسِينَ إِذَا قَوْلٌ صَحِيحٌ بَصْبِي وَمَجْنُونٌ، وَالْيَمِينُ قَوْلٌ صَحِيحٌ
 الْحَلْفَ عَلَيْهِمْ لِيَتِمَّ خَمْسُونَ، وَلَا قِسَامَةَ^(٢) عَلَى صَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ
 وَامْرَأَةٍ^(٣) وَعَبْدٍ.

وَلَا قِسَامَةً، وَلَا دِيَةً فِي مَيِّتٍ لَا أَثَرَهُ، أَوْ يَسِيلُ دَمٌ مِنْ
 أَنْفِهِ، أَوْ فَمِهِ، أَوْ دُبُرِهِ، بِخِلَافِ عَيْنِهِ وَأُذُنِهِ. أَيُّ بِخِلَافٍ مَا إِذَا سَأَلَ الدَّمُ مِنْ عَيْنِهِ... إلخ
 قَتِيلٍ عَلَى دَابَّةٍ مَعَهَا سَائِقٌ، أَوْ قَائِدٌ، أَوْ رَاكِبٌ، فَدِيَتُهُ يُجَدُّ عَلَى... إلخ
 عَلَى^(٤) عَاقِلَتِهِ، مَرَّتْ^(٥) دَابَّةٌ عَلَيْهِمَا، قَتِيلٌ مِنْ بَيْنِ قَرِيَتَيْنِ فَعَلَى
 الْمُدْعَى عَلَيْهِ الْمَالُ الْمُدْعَى، وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ لَا يَسْقُطُ بِبَذْلِهِ الدِّيَةُ. (الزَيْلَعِيُّ)

(١) قوله: "كرّر" لما روى أن عمر رضى الله عنه كرّر اليمين على رجل منهم حين وافى إليه تسعة وأربعون، رواه ابن أبي شيبة عن أبي مليح عنه، وعبد الرزاق عن سعيد بن المسيب عنه وعن شريح، رواه ابن أبي شيبة، والنخعي رواه عبد الرزاق مثل ذلك.
 ولأن الخمسين واجب بالسنة، فيجب إتمامها ما أمكن، ولا يطلب الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسنة، ولو سلم لزوم الفائدة فهي استعظام أمر الدم. (الكشف وحاشيته)
 (٢) قوله: "ولا قسامة" لأن القسامة تجب في القتل وهذا ليس بقتيل، وإنما مات حتف أنفه، وفي مثله لا قسامة ولا غرامة؛ لأن الغرامة تتبع فعل العبد والقسامة لاحتمال القتل منهم، فلا بد من أثر يكون بالميت يستدل به على أنه قتل، وذلك بأن يكون به جراحة، أو أثر ضرب أو خنق، فإذا لم يكن به شيء من الأثر لا يكون بفعل البشر، فلا يكون قتيلا، وكذا إذا خرج الدم من فيه أو ذكره أو دبره؛ لأن هذه المخارق يخرج منها الدم عادة، فلا يستدل به على أنه قتل، بخلاف ما إذا خرج الدم من عينه أو أذنه؛ لأنه لا يخرج عادة إلى من شدة الضرب، فيكون قتيلا ظاهرا، فيجوز عليه أحكامه وهو المراد بقوله: بخلاف عينه وأذنه أى بخلاف ما إذا خرج الدم من عينه، أو أذنه. (الزَيْلَعِيُّ)

(٣) لأن المرأة والعبد ليسا من أهل النصرة، والقسامة على أهلها.

(٤) قوله: "على" لأنه في يده فصار كما إذا كان في داره، وإن اجتمع فيها السائق والقائد والراكب كانت الدية عليهم جميعا؛ لأن القتل في أيديهم دون أهل المحلة، فصار كما إذا وجد في دارهم، ولا يشترط أن يكونوا مالكين للدابة. (الزَيْلَعِيُّ)

إن كانوا يسمعون صوته، وإلا لا
أقربهما، وإن وجد في دار إنسان، فعليه

القسامة والدية على عاقته، وهي على أهل^(١) الخطة دون^(٢)

أى بيت القسامة على السكان فإن باعوا كلهم^(٣) لم يبق واحد منهم، فعلى السكان والمشتريين، فإن^(٤) لم يبق واحد منهم، فعلى

المشتريين، وإن وجد^(٥) في دار مشتركة على التفاوت، فهي

على الرؤوس، وإن بيع^(٥) ولم يقبض^(٦)، فعلى عاقلة البائع،

(٥) قوله: "مرت" أى إن مرت دابة عليهما قتيل بين قريتين، أو قبيلتين، فالدية على أقرب القريتين؛ لما روى أنه ﷺ أمر فى قتيل وجد بين قريتين بأن يذرع فوجد إلى إحداهما أقرب بشبر فقضى عليهم بالقسامة، ولو استويا فعليهما، فلو كان من إحدى القريتين ألف رجل، وفى الأخرى أقل من ذلك، فالدية على القريتين نصفان بلا خلاف، وقيد الدابة اتفاقاً، فإن الحكم كذلك إذا وجد طريقاً بينهما. (الدر والطحاوى والعينى)

(١) هم الذى خط لهم الإمام، وقسم الأراضى بخطه حين فتحها. (شرح النقاية)

(٢) قوله: "دون" هذا عند الطرفين رحمهما الله تعالى، وعند أبى يوسف على المشتري أيضاً؛ لأن الضمان إنما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ، ولهذا جعلوا القصيرين، وولاية الحفظ باعتبار الكون فيها، وقد استووا، فصار كالدائر المشتركة بين واحد من أهل الخطة وبين المشتري، ولو كان للخطة تأثير فى التقدم لما شاركه المشتري.

ولهما أن صاحب الخطة هو المختص بتدبير المحلة تنسب إليه دون المشتريين، وقلما يزاحم المشتري فى التدبير والقيام بحفظ المحلة، فكان هو المختص بالقسامة، ووجوب الدية دون المشتري، وقيل: إنما أجاب الإمام بهذا بناء على ما شاهده من عادة أهل الكوفة فى زمانه أن أصحابه الخطة فى كل محلة يقومون بتدبير المحلة، ولا يشاركونهم المشترون فى ذلك. (م)

(٣) قوله: "فإن" أى إن لم يبق واحد من أهل الخطة، فعلى المشتريين، وهذا بالإجماع؛ لأن الولاية انتقلت إليهم لزوال من يتقدم عليهم عندهما، وعن أبى يوسف رحمه الله خلعت لهم الولاية لزوال من يزاحمهم. (الزيلعى)

(٤) قوله: "وإن وجد" أى إذا وجد القتيل فى دار مشتركة بين جماعة أنصباءهم فيها متفاضلة، بأن كانت بين ثلاثة مثلاً لأحدهم النصف، وللآخر الثلث، وللثالث السدس، تنقسم الدية والقسامة على عدد رؤوسهم، ولا تعتبر بتفاوت الأنصباء؛ لأن صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير فى التدبير، فكانوا سواء فى الحفظ والتقصير، فيكون على عدد الرؤوس بمنزلة الشفعة. (الزيلعى)

أى وفى البيع بالخيار لأحدهما

وفى الخيار على ذى اليد، ولا^(١) يعقل عاقلته حتى يشهد

أى الدار التى وجد فيها قتيل

الشهود أنها لذى اليد، وفى^(٢) الفلك على من فيها من

بضم الراء جمع راكب أى فى القسامة على الرد أى إذا وجد القتيل فى... إلخ

الركاب والملاحين، وفى مسجد^(٣) محلة على أهلها، وفى

هو الطريق العام ولا دية على أحد أى دية القتيل

الجامع والشارع لا قسامة^(٤) والدية على بيت المال،

(٥) قوله: "وإن بيع [أى الدار ذكرها باعتبار المذكور فى "الطائى" بيعت أى دار] أى إذا

بيعت الدار، ولم يقبضها المشتري حتى وجد فيها قتيل، فضمامه على عاقلة البائع، وإن كان فى البيع خيار لأحدهما، فهو على عاقلة الذى فى يده عند الإمام، وعندهما على من يصير الملك له؛ لأنه إنما نزل قاتلا باعتبار التقصير فى الحفظ، فلا تجب إلا على من له ولاية الحفظ، والولاية تستفاد بالملك، ولهذا لو كانت الدار وديعة تجب الدية على صاحب الدار دون المودع، وما شرط فيه الخير يعتبر فيه قرار الملك.

وله أن الحفظ لا يكون فى الأيدي؛ لأنه لا يقدر على الحفظ باليد بدون الملك، ولا يقدر عليه بالملك بدون اليد، والحاصل أنه اعتبر اليد، وهما اعتبارا الملك إن وجد، وإلا يتوقف على فرار الملك. (المجمع والزيلعى)

(٦) أى ولم يقبضها المشتري حتى وجد القتيل.

(١) قوله: "ولا" يعنى إذا كانت دار فى يد رجل، فوجد فيها قتيلًا لا تعقله عاقلته، حتى

يشهد الشهود أنها لصاحب اليد، واليد وإن كانت تدل على الملك إلا أنها تحتمله، فلا تكفى لإيجاب الضمان على العاقلة، كما لا تكفى لاستحقاق الشفعة فى الدار المشفوعة؛ لأن ما ثبت بالظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق، ويصلح للدفع، كما عرف فى الأصول، ولا فرق فى ذلك بين أن يكون القتيل الموجود فيها هو صاحب الدار وغيره. (المجمع)

(٢) قوله: "وفى" أى وجد القتيل فى سفينة، فالدية والقسامة تجبان على من كان فى

السفينة من أربابها وسكانها المالك وغير المالك فى ذلك سواء؛ لأنهم فى تدبيرها سواء إذا حزبهم أمر، أما على مذهب أبى يوسف فظاهر لتسويته فى الدار بين السكان والملاك، وأما على قولهما: فلأن السفينة تنقل وتحول، فيكون فى اليد حقيقة، فإنها مركب كالديانة. (المجمع بتصرف)

(٣) قوله: "وفى مسجد [أى إذا وجد فى... إلخ، ولو كان المسجد للغرباء، فعلى

بانيه] أى وإن وجد القتيل فى مسجد محلة، فالقسامة على أهلها؛ لأن تدبيره إليهم، والقتيل فيه كالقتيل فيها. (شرح النقاية)

(٤) قوله: "لا قسامة" أى إذا وجد قتيل فى مسجد الجامع أو الشارع الأعظم، لا يدرى

قاتله، فلا تجب القسامة، وإنما فيه الدية من بيت المال، أما عدم وجوب القسامة فلأن المقصود

ويهدر^(١) لو في بركة، أو وسط الفرات، ولو محتبساً^(٢)
 أى شاطئ النهر أى فالضمان على... إلخ من ذلك الموضع أى ولي القتل.
 بالشاطئ، فعلى أقرب القرى، ودعوى الولي على واحد من
 التى وجد فيها القتل أى ودعوى الولي... إلخ أى تسقط القسامة عنهم
 غير أهل المحلة تسقط القسامة عنهم، وعلى معين منهم لا^(٣)
 من المسلمين أى فالقسامة على... إلخ
 وإن التقى قوم بالسيوف، فأجلوا عن قتيل، فعلى أهل المحلة^(٤)

بالقسامة وفى تهمته القتل، وإذا لا يتحقق فى حق العامة، وأما وجوب الدية فلأنه لما كان عامة المسلمين هم المتفجعون بالمسجد الجامع والشارع الأعظم، كان الغرم عليهم، فيدفع من مالهم الموضوع لهم فى بيته.

أطلق المسجد الجامع، وهو مقيد بما إذا لم يعرف باني المسجد، وإلا فالقسامة عليه، والدية على عاقلته، وقيد بالمسجد والشارع، والمراد بهما كل مكان يكون التصرف فيه لعامة المسلمين (عز)

(١) قوله: "ويهدر" أى يكون دم القتل هدرا وجد فى بركة أو وجد فى وسط الفرات؛ لأن الفرات لا يدع عليه لأحد، ولا فى ملكه إذا كان يمر به الماء، بخلاف ما إذا كان النهر صغيراً، بحيث يستحق به الشفعة، حيث يكون ضمانه على أهله لقيام يدهم عليه، وكذا البركة لا يدع لأحد فيها، ولا ملك فيهدر ما وجد فيها من القتل، حتى لو كانت البركة مملوكة لأحد، أو كانت قريبة من القرية بحيث يسمع منه الصوت، يجب على المالك على أهل القرية لما بينا. (عز)

(٢) قوله: "ولا محتبساً" أى ولو كان القتل محتبساً [أى لو كان القتل محتبساً لا فى شاطئ النهر، فعلى أقرب القرى من ذلك الموضع؛ لأن الشط فى أيديهم يستقون منه، ويوردون دوابهم، فكانوا أحص بتصرفه من غيرهم، فيكونوا ضمان الحبس فيه عليهم؛ لأنه كالموضوع بالشط. (الزبيلى)]

(٣) قوله: "لا استحساناً"، وفى القياس تسقط القسامة والدية عن الباقيين من أهل المحلة، وهو رواية عن أبى يوسف فى غير رواية الأصول، ووجهه أن القياس يأباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم، وإنما عرف بالنص فيما إذا كان من مكان ينسب إلى المدعى عليهم، وادعى المدعى القتل عليهم، أى على جميعهم، ولو حكماً كالدعوى على بعض مبهم، كما فى البخارى من حديث سهل بن أبى خيثمة، وقالوا للذى وجد فيهم: قتلتم صاحبنا، فيما وراءه، بقى على أصل القياس، وصار كما إذا ادعى القتل على واحد من غيرهم.

وجه الاستحسان أنه لا فصل فى إطلاق النصوص بين دعوى، فتوجه بالنص لا بالقياس، بخلاف ما إذا ادعى على واحد من غيرهم لعدم النص، والقياس ممتنع. (الكشف وحاشيته بتصرف)

القوم الذين التقوا بالسيوف

إلا أن يدعى الولي على أولئك، أو على معين منهم، وإن قال

بفتح اللام أى من طلب منه الحلف أى قتل القتل ولا يقبل قوله: فى حق من زعم أنه قتله

المستحلف منهم: قتله زيد حلف^(١) بالله ما قتلت، ولا عرفت

متعلق بشهادة

له قاتلا غير زيد، وبطل^(٢) شهادة بعض أهل المحلة على قتل

بالجر عطف على غيرهم

غيرهم، أو واحد^(٣) منهم.

(٤) قوله: "أهل المحلة" أن القتل بين أظهرهم، والحفظ عليهم، فتكون القسامة والدية عليهم، إلا إذا أبرأهم الولي بدعوى القتل على أولئك كلهم، أو على واحد منهم بعينه، فيبرأ أهل المحلة، ولا يثبت على المدعى عليه إلا بحجة على ما بينا.

وقوله: أو على معين منهم إن أريد به الواحد من أهل المحلة يستقيم على قول أبى يوسف رحمه الله؛ لأن أهل المحلة يبرءون بدعوى الولي على واحد منهم بعينه، وهو القياس، وعندهما لا يبرءون وهو الاستسحان، وإن أريد به واحد من الذين التقوا بالسيوف فيستقيم بالإجماع. (الزيلعي بحذف)

(١) قوله: "حلف" لأنه لما أقر بالقتل على زيد صار مستثنى عن اليمين، فبقى حكم من سواه، فيحلف عليه، وهذا قول محمد، وقول أبى يوسف يحلف ما قتلت فقط؛ لأنه عرف القاتل، واعترف به؛ لمحمد أنه يحتمل أن له قاتلا آخر معه، أو يكون فى إقراره كاذباً. (شرح النقاية)

(٢) قوله: "بطل" وصورة المسألة: وجد قتيلة فى محلة، وادعى الولي قتله على غيرهم، فشهد اثنان من أهل المحلة، لم تقبل شهادتهما عند أبى حنيفة، وتقبل عندهما، والكلام فيه يرجع إلى أصل متفق عليه، وهو أن كل من انتصب خصماً فى حادثة، ثم خرج من أن يكون خصماً لا يقبل شهادته، وإن كل من كان له عرضية أن يصير خصماً، ثم بطلت هذه العرضية، فشهد فى تلك الحادثة، تقبل شهادته فيها فهما قالا: الثابت فى أهل المحلة عرضية أن يصيروا خصماً لو ادعى الولي عليهم، وقد بطلت هذه العرضية بالدعوى على غيرهم، فتقبل شهادتهم، كالوكيل بالخصومة إذا عزله قبل أن يخاصم وشهد فى تلك الحادثة.

ولأبى حنيفة رحمه الله أن أهل المحلة صاروا خصماً فى هذه الحادثة لوجود القتل بين أظهرهم، ومن صار خصماً فى حادثة لا تقبل شهادته فيها، وإن خرج عن الخصومة كالوكيل إذا خاصم فى مجلس الحكم، ثم عزله نشهد. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "أو واحد" أى بطل شهادته بعض أهل المحلة على قتل واحد منهم إذا ادعى

علمي وزن المفاعل - بالفتح -

كتاب^(١) المعادل

أى اسم الدية مبتدأ

هى جمع مَعْقِلَة وهى الدية، كل دية وجبت بنفس^(٢)

حبر القتل^(٣) على العاقلة^(٤)، وهى أهل الديوان^(٥) إن كان القاتل

الولى عليه بعينه؛ لأن الخصومة قائمة مع الكل، والشاهد يقطعهما عن نفسه، فكان منهما فيها.
(شرح النقاية)

(١) قوله: "كتاب" لما كان موجب القتل وما فى معناه الدية على العاقلة شرع فى بيان ذلك، وسميت الدية عقلاً ومغلظة؛ لأن أهل الديات كانت تعقل بفناء ولى المقتول، ثم عم هذا الاسم فسميت الدية معقولة، وإن كانت دراهم أو دنائير، وقيل: إنما سميت بالمعقولة لأنها تعقل الدماء عن أن تفسك. (الشلبى)

(٢) خرج ما انقلب ما لا يصلح، أو شبهه كقتل الأب ابنه عمداً، فديته فى ماله.

(٣) يحترز به عما ينقلب ما لا يصلح أو بالشبهة؛ لأن الفعل العمد يوجب العقوبة، فلا يستحق التخفيف، فلا يحتمل عنه العاقلة. (الزيلعى)

(٤) قوله: "على العاقلة" الأصل فيه ما صح عن النبى ﷺ أنه قضى بدية المرأة المقتولة ودية جنينها على عصابة القاتلة، فقال أبو القاتلة المقضى عليه: "يا رسول الله كيف أغرم من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل فمثل ذلك بطل، فقال عليه الصلاة والسلام: هذا من الكهان".
ولأن النفس محترمة، فلا وجه إلى إهدارها، ولا إيجاب للعقوبة على المخطئة؛ لأنه معذور ومرفوع عنه الخطأ، وفى إيجاب الكل عليه عقوبة لما فيه إحجافه واستئصاله، فيضم إليه العاقلة تحقيقاً للتخفيف، وإنما كانوا أخص بالضم إليه؛ لأنه إنما يقصر فى الاحتراز لقوة فيه؛ لأن الغالب أن الإنسان إنما لا يحترز فى أفعاله إذا كان قوياً، فكأنه لا يبالي بأحد، وتلك القوة تحصل بأنصاره غالباً، وهم أخطأوا بنصرتهم له؛ لأنه سبب للإقدام على التعدى، فقصروا بها عن حفظه، فكانوا أولى بالضم إليه. (الزيلعى)

(٥) قوله: "أهل الديوان" وهم الجيش الذين كتبت أساميهم فى الديوان، والديوان الجريدة من دَوْن الكتب إذا جمعها؛ لأنها قطع من القراطيس مجموعة، وفى غرار الأفكار، فإن كان القاتل غازياً فمن ديوان الغزاة، أو كاتباً فمن ديوان الكتاب، وقال الشافعى: وهى أهل العشيرة.

ولنا قضية عمر رضى الله عنه فإنه لما دَوْن الدواوين جعل العقل على أهل الديوان بمحض من الصحابة من غير تكثير منهم، روى عبد الرزق فى "مصنفه" عن عمر أنه جعل الدية فى الأعطية فى ثلاث سنين، وفى لفظ أنه رضى الله عنه قضى بالدية فى ثلاث سنين فى كل سنة ثلاث على أهل

منهم، وتؤخذ^(١) من عطاياهم^(٢) في ثلاث سنين^(٣)، فإن خرجت العطايا في أكثر من ثلث، أو أقل^{من ثلاث سنين} أخذ^(٤) منها، وأن لم يكن له اسم في الديوان ومن لم يكن ديوانياً فعاملته قبيلته^(٥) تقسم عليهم في ثلاث سنين، لا يؤخذ من كل في كل سنة إلا درهم، أو درهم وثلث، فلم يزد^(٦) على كل واحد من كل الدية في ثلاث سنين على أربعة، فإن لم يتسع القبيلة لذلك ضم^(٧) إليهم أقرب الديوان في عطياتهم. (الكشف وحاشيته)

(١) ولما لم يجد العيني في نسخة شرحها هذا اللفظ قال: من عطاياهم بدل من قوله: منهم.

(٢) قوله: "عطاياهم" ليس بقيد، بل تؤخذ من أرزاقهم أيضاً، الفرق بين العطية والرزق أن الرزق ما يفرض في بيت المال بقدر الحاجة والكفاية مشاهرة أو ميامية، والعطاء ما يفرض في كل سنة لا بقدر الحاجة، بل لصبوره وعناءه في أمر الدين. (الدر المختار)

(٣) التقدير به مروي عن النبي ﷺ، ومعكى عن عمر رضى الله عنه.

(٤) قوله: "أخذ" لحصول المقصود؛ لأن المقصود التخفيف وقد حصل، وهذا إذا كانت العطايا للسنين بعد القضاء، حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء بالدية، ثم خرجت بعد القضاء لا تؤخذ منها؛ لأن الوجود بالقضاء، ولو خرجت عطايا ثلاث سنين مستقبلة في سنة واحدة، يؤخذ منها كل الدية؛ لأنها بعد الوجوب، إذ الوجوب بالقضاء، وقد حصل المقصود بذلك، وهو التخفيف. (الزيلعي)

(٥) وهي عصبته النسبية والقبيلة بنو أب واحد؛ لأنه نصرته لهم، وهي المعبرة في الباب.

(٦) قوله: "فلم يزد" وقال مالك وأحمد في رواية: لا تقدير في أخذها، بل يحملون ما يطبقون لا يثبت إلا بالتوقيف منه؛ ولا نص فيه، فيفوز إلى رأى الحاكم، كتقادير النفقات، وقال الشافعى وأحمد في رواية: يجب على الغنى نصف دينار؛ لأنه أقل ما قدر في الزكاة، وعلى المتوسط ربع دينار؛ لأن ما دون ذلك تافه لا تقطع اليد فيه، وقلنا: العقل صلة تجب على سبيل المواساة كالنفقة، فيستوى المتوسط والغنى. (شرح النقاية)

(٧) قوله: "ضم" اختلفوا في آباء القاتل والأبناء، قيل: يدخلون لقربهم، وقيل: لا يدخلون لأن الضم لنفى الحرج، حتى لا يصيب كل واحد أكثر من أربعة، وهذا المعنى إنما يتحقق

ليتحقق معنى التخفيف ^{أى كواحد من العاقلة}
 القبائل نسباً على ترتيب العصابات، والقاتل كأحدهم^(١)،
 وعاقلة المعتق قبيلة^(٢) مولاة، ويعقل^(٣) عن موالى الموالاة ^{بفتح التاء}
 مولاة وقبيلته، ولا يعقل^(٤) عاقلة جناية العبد والعمد، وما ^{بأن قتل العبد إنساناً}
 لزم صلحاً، أو اعترافاً، إلا أن يصدقوه^(٥)، وإن جنى حرّاً على ^{بأن قتله}
 عبد خطأ، فهي^(٦) على عاقلته.

عند الكثرة، والآباء والأبناء لا يكثرون. (الزيلعى)

(١) قوله: "كأحدهم" لأنه هو الفاعل، فلا معنى لإخراجه، ومواخذة غيره، وقال الشافعى: لا شيء عليه اعتباراً للجزء بالكل فى النفي عنه، والجامع كونه معذوراً. قلنا: إيجاب الكل إجحاف لا إيجاب الجزم، ولو كان الخاطئ معذوراً، فالبرىء عنه أولى، قال تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾. (الكشف)

(٢) لأن النصرة بهم، وقد قال عليه السلام: مولى القوم - بفتح التاء -.

(٣) قوله: "ويعقل" لأنه ولأى يتناصر به، فأشبهه ولأى العتاقة، وفيه خلاف الشافعى رحمه الله تعالى. (شرح النقاية)

(٤) قوله: "ولا يعقل" لحديث ابن عباس موقوفاً ومرعوعاً: «لا تعقل العواقل عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا ما دون أرض الموضحة نصف عشر بدل النفس»، قال محمد بن الحسن: معناه يقتل العبد حرّاً، فليس على عاقلة مولاة من جناية عبده، ثم قال: هذا قول أبى حنيفة.

وقال الأصمعى: لو كان المعنى على ما قال أبو حنيفة رحمه الله لكان الكلام لا تعقل العاقلة عن عبد، وأجيب: بأن عقلة يستعمل فى معنى عقلت عنه، والأحسن فى الجواب أنه من باب الحذف والإيصال، والأصل عن عبد، وأقوى دليل على ذلك ما رواه الإمام محمد فى "موطئه" بسنده إلى ابن عباس أنه قال: «لا تعقل العاقلة عمداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا ما جنى المملوك فقد جعل الجانى مملوكاً». (الكشف وحاشيته)

(٥) فتجب عليهم؛ لأن الامتناع إنما كان لحقهم، ولهم ولاية على أنفسهم.

(٦) قوله: "فهي" لأنه ضمان آدمى، فتجب على العاقلة إذا كان القتل خطأ، قياساً على الحر، وقال الشافعى فى قول: تجب على القاتل؛ لأنه بدل المال عنده حتى أوجب قيمته بالغة ما بلغت، ولا خلاف فى أطراف العبد، أن ضمانها لا يجب على العاقلة؛ لأنه يسلك بها مسلك الأموال، ولا تعقل. (المجمع)

كتاب^(١) الوصايا^(٢)

أى الوصية

بعم الوصية والإيصاء

الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد^(٣) الموت، وهى

الوصية أى لا تنفذ

مستحبة^(٤)، ولا تصح^(٥) بما زاد على الثلث، ولا لقاتله ووارثه

(١) قوله: "كتاب" قال الشراح: إيراد كتاب الوصايا فى آخر الكتاب ظاهر المناسبة، إذ آخر الأحوال من الأدنى فى الدنيا الموت، والوصية معاملة وقت الموت، أقول: يرد عليه أن كتاب الوصايا ليس بمورود فى آخر هذا الكتاب، وإنما المورود فى آخره كتاب الخثى، كما ترى، تعلم أن كثيراً من أصحاب التصانيف أوردوه فى آخر كتبهم، لكن الكلام فى شرح هذا الكتاب. (التكملة)

(٢) الإيصاء طلب شئ من غيره ليفعله على غيب من حال حياته، وبعد وفاته، وفى الشرع ما ذكره فى "المختصر".

(٣) قوله: "ما بعد الموت" والقياس يأبى جوازها؛ لأنه تمليك مضاف إلى زوال حال مالكيته، ولو أضيف إلى حال قيامها، كأن قال: مالكك غداً، كان باطلاً، فهذا أولى. وجه الاستحسان حاجة الناس؛ لأن الإنسان مغرور بأمله، مقصر فى عمله، فإذا عرض له المرض، وخاف يحتاج إلى تلافى بعض ما فرط منه بماله على وجه مضى يتحقق قصده المالى، ولو أنهضه البرء يصرفه إلى مطلبه الحالى، وفى شرع الوصية ذلك، فشرع، وقد تبقى المالكية بعد الموت بقدر الحاجة، كما فى التجهيز والدين، وقد نطق بها الكتاب: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يَوْصِي بِهَا أَوْ ذِينَ﴾ والسنة، قال عليه السلام: «إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة لكم فى أعمالكم تضعونها حيث شئتم»، رواه ابن ماجه فى "سننه"، وعليه إجماع الأمة. (الكشف وحاشيته)

(٤) قوله: "مستحبة" فإن قلت: القول باستحباب الوصية يخالفه الكتاب والسنة، أما الكتاب فقولته تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ﴾. أما السنة فقولته عليه الصلاة والسلام: «لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر إذا كان له مال يريد الوصية فيه أن يبيت ليلة أو ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه».

قلت: الآية منسوخة بأية الموارث، والحديث شاذ فى عموم البلوى، أو نقول: كان ذلك قبل نزول الموارث، أو المراد الأخذ بمكارم الأخلاق، أى لا يليق (عز) وإنما تكون مستحبة إذا لم يكن عليه حق مستحق لله تعالى، كالزكاة والصيام والحج أو الصلاة، فهى واجبة. (العينى)

(٥) قوله: "ولا تصح" هنا أمور: الأول: عدم صحة الوصية بما زاد على الثلث، والثانى: عدمها لقاتل الموصى، والثالث: للوارث، والرابع: صحتها بشرط إجازة الورثة.

إن لم تجز الورثة^(١)، ويوصى^(٢) المسلم للذمي وبالعكس،
وقبولها^(٣) بعد موته، ويبطل ردّها وقبولها في حياته، وندب^(٤)

أما الأول فلقوله عليه الصلاة والسلام في حديث سعد بن أبي وقاص رضى الله عنه قال :
«مرضت عام الفتح مرضاً أشفقت على الموت فأتاني رسول الله ﷺ يعودني ، فقلت : يا رسول الله !
إن لى ما لا كثيراً ، وإنما يرثنى ابنتى ، أوصى بمالى كله ؟ قال : لا ، قلت : فبالتلث ؟ قال : التلث
والتلث كثير» ، رواه أصحاب الكتب الستة .

وأما الثانى : فالقتل أعم من أن يكون عمداً أو خطأ إذا كان مباشرة ، قيدنا بالمباشرة ؛ لأن
التسبب فى القتل لا يمنع الوصية ولا الإرث ؛ لأنه ليس بقتل حقيقة ، وقال الشافعى : تصح الوصية
للقاتل ، ولنا ما رواه الدارقطنى من قوله عليه الصلاة والسلام : « لا وصية للقاتل » ؛ ولأنه استعجل
ما أخره الله ، فيحرم الوصية كما يحرم الميراث .

وقال أبو يوسف : لا تجوز للقاتل وإن أجازت الورثة ، فإن قلت : ما رواه الدارقطنى ، ففى
«سنده» مبشر عن عبيد - وقال : الدارقطنى : بشر - يتردد بين من يضع الحديث ، وأيضاً معارض
بإطلاق قوله تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا ﴾ بعموم حديث : إن الله تصدق عليكم بثلث
أموالكم ، قلت : إن كلا من الآية والحديث خص منه الوصية للوارث بدليل الإجماع على ذلك ،
فليكن إخراج القاتل بالقياس ، ويستأنس له بهذا الحديث ، فهو زيادة خير .

وأما الثالث : فلما أخرجه أبو داود والترمذى وابن ماجه عن إسماعيل بن عباس رضى الله
عنهما عن شرحبيل بن مسلم عن أبى أمامة أن النبى ﷺ خطب ، فقال : «إن الله قد أعطى كل ذى
حق حقه فلا وصية لوارث» ، قال الترمذى : حديث حسن صحيح ، وأخرجه أيضاً الترمذى
والنسائى وابن ماجه عن قتادة عن شهر بن حوشب عن عبد الرحمن بن غنم عن عمرو بن خارجه
عن النبى ﷺ قال : « لا وصية لوارث إلا أن يشاء الورث » ، ويعتبر كونه وارث وقت الموت ، لا
وقت الوصية .

أما الرابع : فلما رويناه ؛ ولأن امتناع الوصية فيها إنما هو الحق الورثة ، فإذا أسقطوه سقط.
(عز)

(١) راجع إلى الثلاثة المذكورة وهى الوصية بما زاد على الثلث والقاتل والوارث .

(٢) قوله : «يوصى» أى يجوز أن يوصى المسلم للكافر والكافر للمسلم ، فالأول لقوله
تعالى : ﴿ لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ ﴾ والثانى لأنهم بعقد الذمة التحقوا بالمسلمين فى المعاملات ، ولهذا جاز
التبرع المنجز فى حالة الحياة من الجانبين ، فكذلك المضاف إلى ما بعد المات . (الزيلعى)

(٣) قوله : «وقبولها» أى قبول الوصية بعد موت الموصى ؛ لأن أوان ثبوت حكمها بعد
الموت ، فلا يعتبر قبوله ولا رده قبله ، كما لا يعتبران قبل الوصية ، فصار كما إذا قال لامرأة : أنت
طالق على ألف درهم غدا ، فإن ردها قبل مجيء الغد باطل لما ذكرنا . (الزيلعى)

(٤) قوله : «ونذب» أى يستحب أن يوصى بأقل من الثلث ، سواء كانت الورثة أغنياء أو

النقص من الثلث، وملك^(١) بقبوله إلا^(٢) أن يموت^(٣) الموصى له بعد موت الموصى قبل قبوله، ولا تصح^(٤) وصية المديون إن

فقراء؛ لأن التقيص صلة الرحم بترك ماله عليهم، وفي استكمال الثلث استيفاء تمام حقه، فلا صلة ولا منة. (الزيلعي)

(١) قوله: "وملك" لأن الوصية إثبات ملك جديد، ولا يملك أحد إثبات الملك لغيره بلا اختيار. (المجمع)

(٢) قوله: "إلا" فإن الموصى له يملك الوصية، وتصير الورثة الموصى له، ولا حاجة إلى القبول، وهذا استحسان، والقياس أن تبطل الوصى بالإقرار؛ لأن أحدا لا يقدر على إثبات الملك لغيره بدون اختياره، فصار كموت المشتري قبل القبول بعد إيجاب البائع. ووجه الاستحسان أن الوصية من جانب الموصى، وقد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته، وإنما يتوقف لحق الموصى له، فإذا مات دخل في ملكه، كما في البيع المشروط له الخيار قبل الإجازة. (المجمع بتصرف)

(٣) فإن المال الموصى يكون لورثة الموصى له بلا قبول استحساناً.

(٤) قوله: "ولا تصح" أما عدم صحة وصية المديون فلأن الدين مقدم على الوصية بالإجماع، وإن كانت الوصية مقدمة في الذكر في قوله تعالى: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا﴾ لأنه أهم لكونه فرضاً، والوصية بغير الواجب تبرع، وبالواجب وإن كان فرضاً، لكن حق العبد مقدم، وحق الشارع من الصلاة وغيرها يسقط بالموت على ما عرف في مواضعه، فتكون الوصية به كال تبرع، وقال على رضى الله عنه: إنكم تقرءون الوصية قبل الدين، وكان رسول الله ﷺ يبدأ بالدين.

وأما عدم صحة الوصية من الصبي فلأنه تبرع كالهبة والصدقة، وذلك لأن اعتبار عقله فيما ينفعه دون ما يضره، ألا يرى أنه لا يعتبر عقله في حق الطلاق أو العتاق؛ لأن ذلك يضره باعتبار أصل الوضع، فكذا عملياً المال بطريق التبرع فيه ضرر باعتبار أصل الوضع، وإن كان تنفق نافعا باعتبار الحال، والمعتبر في النفع والضرر النظر إلى أوضاع التصرفات لا إلى ما يتفق بحكم الحال.

وأما وصية المكاتب فعلى ثلاثة أقسام: قسم باطل بالإجماع، وهو الوصية بعين من أعيان ماله؛ لأنه لا ملك له حقيقة، وقسم يجوز بالإجماع، وهو ما إذا أضاف الوصية إلى من يملكه بعد العتق، بأن قال: إذا عتقت فثلث مالى وصية لفلان، حتى لو عتق قبل الموت بأداء بدل الكتابة، أو جبره ثم مات كان للموصى له ثلث ماله، وإن لم يعتق حتى مات عن وفاء، بطلت الوصية؛ لأن الملك لم يوجد له حقيقة، وإنما ثبت بطريق الضرورة، فلا يظهر في حق نفاذ الوصى.

وقسم مختلف فيه، وهو ما إذا قال: أوصيت بثلث مالى لفلان، ثم عتق، فالوصية باطلة، وعندهما جائزة. (الزيلعي بتصرف وزيادة)

كانت دينه محيطاً، والصبي والمكاتب، وتصح^(١) الوصية للحمل، وبه إن ولدت لأقل مدته من وقت الوصية، ولا تصح^(٢) الهبة له، وإن أوصى بأمة إلا حملها، صحت^(٣) الوصية والاستثناء، وله^(٤) الرجوع عن الوصية قولاً وفعلًا، بأن باع، أو وهب، أو قطع الثوب، أو ذبح الشاة، والجحود^(٥) لا يكون^(٦)

(١) قوله: "وتصح" أما الأول فلأن الوصية استخلاف من وجه؛ لأنه يجعله خليفة في بعض ماله، والجنين يصلح خليفة في الإرث، فكذا في الوصية، إذ هي أخته، غير أنها ترد بالرد لما فيها من معنى التملك، بخلاف الهبة؛ لأنها تملك محض، ولا ولاية لأحد عليه حتى يملكه شيئاً.

ولا يقال: الوصي شرطها القبول، والجنين ليس من أهله، فكيف تصح؟ لأننا نقول: الوصية تشبه الهبة، وتشبه الميراث، فلشبهها بالهبة يشترط القبول إذا أمكن، ولشبهها بالميراث يسقط إذا لم يمكن عملاً بالشبهين، ولهذا يسقط بموت الموصى له قبل القبول، وأما الثاني وهو ما إذا أوصى بالحمل فلأنه يجري فيه الإرث، فتجرى فيه الوصية أيضاً؛ لأنها أخته. (الزليعي)

(٢) قوله: "ولا تصح" لأن الهبة من شرطها القبول، والقبض، ولا يتصور ذلك من الجنين، ولا يلي عليه أحد حتى يقبض عنه، فصار كالبيع. (الزليعي)

(٣) قوله: "صحت" لأن الحمل لا يتناول اسم الجارية لفظاً، وإنما يستحق بإطلاق تبعاً، فإذا أفرد الإمام بالوصية صح إفراده؛ ولأن الحمل يجوز إفراده بالوصية، فكذا استثناءه منها؛ لأن كل ما جاز إيراد العقد عليه جاز إخراجها من العقد على ما مر في البيع، ويكون الاستثناء منقطعاً بمعنى "لكن"، إذ لم يدخل تحت اللفظ. (الزليعي)

(٤) قوله: "وله" لأنه تبرع لم يتم، فله الرجوع كالهبة، ولأن القبول يتوقف على الموت، وإبطال الإيجاب قبل القبول صحيح، كما في البيع. (الكشف)

(٥) أى الإنكار، بأن قال له رجل: هل أوصيت فأنكر.

(٦) قوله: "لا يكون" لأن الرجوع إثبات في الماضي، نفى في الحال، والجحود نفى في الحال والماضي، فلا يكون رجوعاً حقيقة، ولم يستعمل فيه مجازاً، بأن يكون قوله: ما كنت أوصيت مجاز عن قوله: رجعت للتضاد ليس من العلاقات في الألفاظ الشرعية، ذكر في "المبسوط": أنه رجوع، وفي "عيون المذاهب": وبه يفتى. (الكشف وحاشيته وشرح النقاية والمجمع)

رجوعاً.

باب^(١) الوصية بثلث المال ونحوه

أوصى لذا بثلث ماله، ولآخر بثلث ماله، ولم تجز الورثة،
فثلثه لهما^(٢)، وإن أوصى لآخر بسُدس ماله، فالثلث بينهما
أثلاثاً^(٣)، وإن أوصى لأحدهما بجميع ماله، ولآخر بثلث ماله،
ولم تجز الورثة فثلثه بينهما نصفان^(٤)، ولا يُضرب^(٥) للموصى

(١) قوله: "باب" لما كان أقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم إجازة الورثة ثلث المال، ذكر تلك المسائل التي تتعلق به في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب. (المجمع ومحمد إعزاز على غفر له)

(٢) أى للموصى لها المذكورين؛ لاستواءهما في الاستحقاق، والمحل يقبل الشركة، ويضيق عن حقها.

(٣) قوله: "أثلاثاً" فيقسمان الثلث على قدر حقهما، فيجعل السدس سهماً؛ لأنه الأقل، فصارت ثلاثة أسهم لصاحب السدس سهم، لصاحب الثلث سهمان؛ لأن كلا منهما يدلى بسبب صحيح، وضاق الثلث، فيقسم الثلث على قدر حقهما، كما في الديون. (العيني والكشف)

(٤) قوله: "نصفان" هذا عند الإمام، وعندهما يربع الثلث، فيكون لصاحب الثلث ريعه، ولصاحب الكل ثلاثة أرباعه، وهذا الخلاف مبني على أصل مختلف فيه بين الإمام وصاحبيه، وإلى هذا أشار بقوله: ولا يضرب... إلخ. (عز)

(٥) قوله: "ولا يضرب... إلخ" في "شرح الوقاية": المراد بالضرب الضرب المصطلح بين الحساب، فإذا أوصى بالثلث والكل فعند أبي حنيفة سهام الوصية اثنان لكل واحد نصف يضرب النصف في ثلث المال، والنصف في الثلث يكون نصف الثلث، وهو السدس، فلكل سدس المال.

وعندهما سهام الوصية أربعة، والواحد من الأربعة يربع، فيضرب الربع في ثلث المال، والربع في الثلث، يكون ربع الثلث لصاحب الكل ثلاثة من أربعة، وهى ثلاثة أرباع الثلث، فيضرب ثلاثة الأرباع في الثلث بمعنى ثلاثة أرباع الثلث، ولصاحب الثلث واحد من أربعة، فيضرب الواحد في الثلث، وهو الربع بمعنى أربع الثلث، هذا معنى الضرب، وقد تحير فيه كثير من الضعفاء. (شرح النقاية)

فإن الموصى له يضرب فيها بأكثر من الثلث
له بأكثر من الثلث إلا^(١) في المحاباة^(٢) والسعاية^(٣) والدراهم^(٤)

المرسلة، وبنصيب^(٥) ابنه بطل، وبمثل نصيب ابنه صح، فإن^(٦)

(١) إنما فرّق أبو حنيفة بين هذه الصور الثلاث وغيرها؛ لأن الوصية إذا كانت مقدرة على الثلث كالنصف والثلثين وغيرهما فلأن الشرع أبطل الوصية بالزائد، فيكون ذكره لغوا، فلا يعتبر في حق الضرب، بخلاف ما إذا لم تكن مقدرة لشيء من المال، كما في الصور الثلاث، فإنه ليس في العبارة ما يكون مبطلاً للوصية، كما إذا أوصى بخمسين درهماً، واتفق أن ماله مائة درهم، فإن الوصية غير باطلة بالكلية لإمكان أن يظهر له مال فوق المائة، وإذا لم تكن باطلة بالكلية تكون معتبرة في حق الضرب. (الطحاوى)

(٢) قوله: المحاباة "صورتها أنه إذا كان عبدان لرجل قيمة أحدهما ألف ومائة، وقيمة الآخر ست مائة، فأوصى بأن يباع أحدهما لفلان بمائة، والآخر لفلان بمائة، فإن المحاباة حصلت لأحدهما بألف، وللآخر بخمسمائة، والكل وصية لكونها في حالة المرض، فإن لم يكن للموصى مال غيرهما، ولم تجز الورثة جازت المحاباة بقدر الثلث، فيكون بينهما أثلاثاً، يضرب الموصى له بالألف بحسب وصيته، وهى الألف، والموصى له الآخر بحسب وصيته، وهى خمس مائة، فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول الإمام وجب أن لا يضرب الموصى له بألف أكثر من خمس مائة. (المجمع)

(٣) قوله: "السعاية" صورتها أن يوصى بعق عبدتين قيمة أحدهما ألف، وقيمة الآخر ألفان، ولا مال له غيرهما، إن أجازت الورثة عتقاً جميعاً، وإن لم يجيزوا عتقاً جميعاً من الثلث وثلث له ألف، فالألف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الألف للذى قيمته ألفان، ويسعى فى الباقي، والثلث الذى قيمته ألف، ويسعى فى الباقي. (المجمع)

(٤) قوله: "والدراهم" المرسلة أى المطلقة عن كونها ثلثاً أو نصفاً أو نحوهما، فصورتها أن يوصى لرجل بألفين، والآخر بألف، وثلث ماله ألف، ولم تجز الورثة، فإنه يكون بينهما أثلاثاً. (المجمع)

(٥) قوله: "وبنصيب" أى الوصية بنصيب ابنه باطلة، والوصية بمثل نصيب ابنه صحيحة، وقال زفر: كلتاها صحيحة؛ لأن الجميع ماله فى الحال، وذكر نصيب الابن للتقدير به؛ ولأنه يجوز أن يحذف المضاف، وأقام المضاف إليه مقامه، فقوله: أوصيت بنصيب ابني أى بمثل نصيبه، ومثله شائع لغة، قال الله تعالى: ﴿وَاسْأَلِ الْقَرْيَةَ﴾ - أى أهلها -.

ولنا أن نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت، فكان وصية بمال الغير، بخلاف ما إذا أوصى بمثل نصيب ابنه؛ لأن مثل الشيء غيره، وأما يجوز حذف المصنف إذا كان هناك ما يدل عليه، كما فى الآية؛ لأن السؤال يدل على المسؤول، وهو الأهل، ولم يوجد هنا ما يدل على المحذوف، فلا يجوز. (التكملة)

كان له ابنان فله الثلث، وبسهم^(١)، أو جزء من ماله، فالبيان إلى الورثة، فإن قال: سدس مالى لفلان، ثم قال: له ثلث مالى، له ثلث ماله، وإن قال: سدس مالى لفلان، ثم قال: له سدس مالى، له^(٢) السدس، وإن^(٣) أوصى بثلث دراهمه أو غنمه وهلك ثلثاه له ما بقى، ولو رقيقاً أو ثياباً أو دوراً له ثلث

(٦) قوله □ "فإن" أى فلو كان له ابنان، وأوصى بمثل نصيب ابنه لآخر، فللموصى له الثلث، والقياس أن يكون النصف عند إجازة الورثة؛ لأنه أوصى له بمثل نصيب ابنه، ونصيب كل واحد منهما النصف، ووجه ما فى المتن أنه قصد أن يجعله مثل ابنه، لا أن يزيد نصيب ابنه، وحاصله أن يجعل الموصى له كأحدهما. (المجمع)

(١) قوله: "وبسهم" إذ أوصى بسهم أو بجزء من ماله، كان بين ذلك إلى الورثة، فيقال لهم: أعطوه ما شئتم؛ لأنه مجهول يتناول القليل والكثير، والوصية لا تمنع بالجهالة، والورثة قائمون مقام الموصى، فكان إليهم بيانه. (الزيلعى)

(٢) قوله: "له" يعنى سدساً واحداً سواء قال ذلك فى مجلس واحد أو فى مجلسين؛ لأن السدس ذكر معرفاً بالإضافة إلى المال، والمعرف إذا أعيد معرفاً كان الثانى عين الأول. (الزيلعى)

(٣) قوله: "وإن" أى وإن أوصى بثلث دراهم، وأوصى بثلث غنمه فهلك ثلثا الدراهم، أو ثلثا الغنم، فللموصى له ما بقى من الدراهم أو الغنم، ولو أوصى بثلث رقيقه أو ثياباً، ودوره، فهلك ثلثا ذلك، وبقي الثلث، فللموصى له ثلث ما بقى، وهو قول زفر رحمه الله فى المسألة الأولى، والفرق لنا أنه فى الجنس الواحد يمكن جمع الحق الشائع لكل واحد فى فرد، والوصية مقدمة على الميراث، فجعلناها فى الواحد، فصارت كالدرهم.

كما إذا أوصى بالدرهم الواحد، وثلثة دراهم، فهلك اثنان فله الدرهم الباقي، بخلاف الأجناس المختلفة، حيث لا يمكن الجمع فيها جبراً، فإنه إذا تركها ميراثاً وطلب بعض الورثة القسمة، وأبى الباقيون، فإن القاضى لا يجبرهم على القسمة، فلهذا لا يمكن تقديم الوصية على الميراث؛ لأنه إذا تعذر الجمع تعذر التقدم؛ لأن فيه الجمع، فبقى الكل مشتركاً بين الورثة، والموصى له أثلاثاً، فما هلك على الشركة، وما بقى بقى عليها أثلاثاً. (العيني مع تصرف والطحاوى)

ما بقي، وبألف^(١) وله عين ودين، فإن خرج الألف من ثلث
 العين دفع إليه، وإلا^(٢) فثلث العين، وكلما خرج شيء من
 الدين له ثلثه حتى يستوفى الألف وبثلثه لزيد وعمرو، وهو
 ميت لزيد كله^(٣)، ولو^(٤) قال: بين زيد وعمرو، وعمرو ميت
 لزيد نصفه، وبثلثه^(٥) له ولا مال له، له ثلث ما يملكه عند

(١) قوله: "وبألف" إلى قوله: العين، أى إذا أوصى بألف درهم وله عين ودين، فإن
 خرج الألف من ثلث العين دفع إليه؛ لأن إيفاء حق كل واحد ممكن من غير بخس بأحد، فيصار
 إليه، وإن لم يخرج الألف من ثلث العين، دفع إلى الموصى له ثلث العين، ثم كلما خرج شيء من
 الدين دفع إليه ثلثه حتى يستوفى حقه، وهو الألف؛ لأن الموصى به شريك الوارث في الحقيقة، ألا
 ترى أنه لا يسلم له شيء حتى يسلم الورثة ضعفه، وفي تخصيصه بالعين بخس في حق الورثة؛
 لأنه للعين مزية على الدين؛ ولأن الدين ليس بمال مطلق في الحال، ولهذا لو حلف أنه لا مال له،
 وله دين على الناس، لا يحنث، وإنما يصير مالا عند الاستيفاء، وباعتبار تناوله الوصية، فيعتدل
 النظر بقسمة كل واحد من الدين والعين أثلاثاً، فيصار إليه. (الزيلعي)

(٢) أى وإن لم يخرج الألف من ثلث العين.

(٣) قوله: "كله" أى إذا أوصى لزيد وعمرو بثلاث ماله، وعمرو ميت، فالثلث كله
 لزيد؛ لأن الميت ليس بأهل للوصية، فلا يزاحم الحي الذي هو أهله، كما إذا أوصى لزيد وجدار.
 (الزيلعي)

(٤) قوله: "ولو" أى إذا قال: ثلث مالى بين زيد وعمرو ميت، كان لزيد نصف الثلث؛
 لأن كلمة بين توجب التنصيف، فلا يتكامل لعدم المزاومة، بخلاف ما إذا قال: لفلان وفلان، فإذا
 أحدهما ميت، حيث يكون للحي كل الثلث؛ لأن الجملة الأولى كلام يقتضى الاختصاص
 بالحكم، إلا أن العطف يقتضى الشركة في الحكم المذكور، والمذكور وصية بكل الثلث، والتنصيف
 بحكم المزاومة، فإذا زالت المزاومة يتكامل. (الزيلعي)

(٥) قوله: "وبثلثه" أى إذا أوصى بثلاث ماله لشخص ولا مال له وقت الوصية، كان له
 ثلث ما يملكه عند الموت؛ لأن الوصية عقد استخلاف مضاف إلى ما بعد الموت، ويثبت حكمه
 بعده، فيشترط وجود المال عند الموت، سواء كان اكتسبه بعد الوصية أو قبله بعد أن لم يكن الموصى
 به عيناً أو نوعاً معيناً. (الزيلعي والتفصيل فيه)

أى وله أوصى بثلثه^(١) لأمهات أولاده، وهن ثلث، وللفقراء والمساكين
 لهم ثلاثة من خمسة وسهم للفقراء وسهم للمساكين،
 وبثلثه^(٢) لزيد، وللمساكين لزيد نصفه ولهم نصفه، وبمائة^(٣)
 لرجل، وبمائة لآخر، فقال لآخر: أشركتك معهما^(٤) له ثلث

(١) قوله: "وبثلثه" أى إذا أوصى بثلث ماله لأمهات أولاده، وللفقراء والمساكين، وأمهات أولاده ثلث، يقسم الثلث أخماساً، فلهن ثلاثة أسهم، ولكل طائفة من المساكين والفقراء سهم، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله، وقال محمد: يقسم أسباعاً؛ لأن المذكور لفظ الجمع، وأدناه فى الميراث قال الله: ﴿وَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السَّدْسُ﴾ وقال تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ﴾ الآية، والمراد بالآيتين اثنان، فكان من كل طائفة اثنان، وأمهات الأولاد ثلاثة، فكان المجموع سبعة، فيقسم أسباعاً.

ولهما أن اسم الجنس المحلى بالآلف واللام يتناول الأدنى مع احتمال الكل، كالمفر المحلى بهما؛ لأنه يراد بهما الجنس إذا لم يكن ثم معهود، قال الله تعالى: ﴿لَا يَحِلُّ لَكَ النَّسَاءُ مِنْ بَعْدِ﴾ وقال تعالى: ﴿وَجَعَلْنَا مِنَ الْمَاءِ كُلَّ شَيْءٍ حَيٍّ﴾ ولا يحتمل ما بينهما، فتعين الأدنى لتعذر إرادة الكل، ولهذا لو حلف لا يشتري العبيد يحنث بالواحد، فيتناول من كل فريق واحد، وأمهات الأولاد ثلاث، فبلغ السهام خمسة، وليس فيما قال دلالة على ما ذكر؛ لأن المذكور فى الآيتين نكرة، وكلامنا فى المعرفة، حتى لو كان فيما نحن فيه منكرًا، قلنا: كما قال. (الزيلعى)

(٢) قوله: "وبثلثه" أى إذا أوصى بثلث ماله لزيد والمساكين، كان لزيد النصف، وللمساكين النصف، وهذا عندهما، وعند محمد رحمه الله تعالى ثلثه لزيد، وثلثاه للمساكين، وقد بينا مأخذ كل واحد من الفريقين. (الزيلعى)

(٣) قوله: "وبمائة" إلى قوله: منهما، يعنى إذا أوصى لرجل بمائة درهم، وللآخر بمائة، ثم قال لآخر: قد أشركتك معها، فله ثلث كل مائة، ولو أوصى لرجل بأربع مائة درهم، والآخر بمائتين، ثم قال لآخر: قد أشركتك معها كان له نصف ما كل واحد منهما؛ لأن الشركة للمساواة لغة، ولهذا حمل قوله تعالى: ﴿فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثَّلَاثِ﴾ على المساواة، وقد أمكن إثبات المساواة بين الكل فى الأولى، لاستواء المالكين، فيأخذ هو من كل واحد منهما ثلث المائة، فتم له ثلثا المائة، ويأخذ كل واحد منهما ثلثي المائة، ولا يمكن المساواة بين الكل فى الثانية لتفاوت المالكين، فحملناه على مساواة الثالث مع كل واحد منهما بما سماه له، فيأخذ النصف من كل واحد من المالكين. (الزيلعى)

(٤) أى مع الاثنين اللذين أوصى لكل منهما برأيه.

أى ولو أوصى بأربع... إلخ أى لشخص أى لشخص آخر أى للموصى
 كل مائة، وبأربع مائة له وبمائتين لآخر، فقال لآخر: أشركتك
 أى مع الاثنين المذكورين أى من الموصى له الأول، والموصى له الثانى
 معهما له نصف مال كل منهما.

وإن قال لورثته: لفلان على دين فصدقه، فإنه يصدق^(١)
 إلى الثلث، فإن أوصى بوصايا عزل^(٢) الثلث لأصحاب^{الرجل}
 الوصايا، والثلثان للورثة، وقيل^{لكل واحد من الفريقين} لكل صدقه فيما شئتم، وما
 بقى من الثلث فلولوصايا^(٤)، ولأجنبي^(٥) ووارثه له نصف
 أى لأصحاب الوصايا لا يشار إليهم فيه صاحب الدين

(١) قوله: يصدق ولا يصدق قياساً؛ لأن الإقرار بالمجهول وإن كان صحيحاً، لكنه لا يحكم به إلا بالبيان، وقد فات بموتهم.

ولقائل أن يقول: لم لا يجوز أن يتوب عنه الوليان فى البيان، كما فى فصل الوصية بجزء المال، كما عرف فى الكتاب

وقوله: فصدقه، صدر مخالفاً للشرع؛ لأن المدعى لا يصدق إلا بحجة فلا يصح بياناً لإقرار، فتعذر إثباته إقراراً.

وجه الاستحسان أنا نعلم أن من قصده تقديمه على الورثة، وقد أمكن تنفيذ قصده بطريق الوصية، وقد يحتاج إلى مثل هذا الكلام من يعلم أصل الحق عليه، دون مقداره سعيًا منه فى تفرغ ذمته، فيجعلها وصية جعل التقدير فيها إلى الموصى له، كأنه قال: إذا جاءكم فلان، وادعى شيئاً، فأعطوه من مالى ما شاء، وهذا معتبرة من الثلث (الكشف وحاشيته بتغيير وتصرف)

(٢) قوله: "عزل [لأن الإرث معلوم، وكذا الوصايا معلومة، وهذا مجهول، فلا يزاحم المعلوم، فيقدم عزل المعلوم]" إنما عزل الثلث والثلثان لأن أحد الفريقين قد يكون أعرف بمقدار هذا الحق، وأبصر به، والآخر الدوالح، وربما يختلفون فى الفضل إذا ادعاه الخصم، فإذا أقرناه ثلثاً علمنا أن فى التركة ديناً شائعاً فى جميع التركة، فيؤمر أصحاب الوصايا والورثة ببيانه، فإذا بينوا شيئاً أخذ أصحاب الوصايا بثلث ما أقروا به، والورثة بثلثي ما أقروا به؛ لأن إقرار كل فريق نافذ فى حق نفسه، فيلزم به بحضته. (الزيلعى بتغيير)

(٣) على كل فريق منهم اليمين على العلم إن ادعى المقر الزيادة.

(٤) قوله: "فللوصايا" لأنهم كانوا مأمورين بالتصديق فيما شأوا، ولو شيئاً يسيراً، ولما امثلوا الأمر، فالباقي بعد ذلك الشيء سلم عن مشاركة المقر له. (الكشف)

(٥) قوله: ولأجنبي أى إذا أوصى لأجنبي ووارثه، كان للأجنبي نصف الوصية،

الوصية، وبطل وصية الوارث، وبثياب^(١) متفاوتة لثلاثة،
 منها أي أي ثوب هو يجحد ذلك بأن يقول... إلخ
 فضاع ثوب ولم يدر أي، والوارث يقول لكل هلك حقه:
 الرصية إلا^(٢) أن يسلموا ما بقي، فلذى^(٣) الجيد ثلثاه، ولذى

وبطلت الوصية للوارث؛ لأنه أوصى بما يملك وبما لا يملك، فصح فيما يملك، وبطل في الآخر،
 بخلاف ما إذا أوصى لحى وميت، حيث يكون الكل؛ لأن الميت ليس بأهل للوصية، فلا يصلح
 مزاحماً، والوارث من أهلها، ولهذا تصح بإجازة الورثة فافترقا. (الزيلعي)

(١) قوله: "وبثياب" مثل أن قال في أصل الإيجاب: ليكر الجيد، ولزيد الوسط، ولعمر
 الرديء] أي إذا أوصى بثلاثة ثياب متفاوتة جيد ووسط ورديء لثلاثة أنفس، لكل واحد منهم
 بثوب، فضاع منها ثوب، ولا يدرى أيهما، صار الوارث يجحد ذلك، بأن يقول لكل واحد منهم:
 هلك حقه، أو حق أحدكم، ولا أدري من هو، فلا أدفع إليكم شيئاً، بطلت الوصية؛ لأن
 المستحق مجهول، وجهاته تمنع صحة القضاء، وتحصيل غرض الوصية، فتبطل كما إذا أوصى
 لأحد الرجلين. (الزيلعي)

عمم الشارح قول الورثة، فقال: يقول لكل واحد منهم... إلخ، وقال في "الكشف" في
 تفسير قول الماتن: أي يحتمل أن يكون حقه هالكاً، أي بطل حق واحد منكم، ولا ندرى من
 هو، وإلا فالجزم بطلان حق كل منهم لا يتصور إلا بهلاك جميع الأثواب، ووضع المسألة ليس
 كذلك. (عز)

(٢) قوله: "إلا" أي إلا أن يسلم الورثة ما بقي من الثياب، فحينئذ تصح الوصية؛ لأنها
 كانت صحيحة في الأصل، وإنما بطلت لجهالة طارئة مانعة من التسليم، فإذا سلموا الباقي زال
 المانع، فعادت صحيحة على ما كانت، فيقسم بينهم. (الزيلعي)

(٣) قوله: "فلذى" لأن الثوبين إنما يقسمان بين الثلاثة على هذا الوجه، وهو أن يأخذ كل
 واحد منهم ثلثي ثوب، وإنما تعين حق صاحب الجيد في الجيد إذ لا حق له في الرديء بيقين،
 ويحتمل أن يكون حقه في الجيد منهما بأن يكون هو الجيد والأصل، ويحتمل أن يكون حقه في
 الضائع، بأن كان هو الأجود، فكان تنفيذ وصيته في محل يحتمل أن يكون حقه أولى.
 وإنما تعين حق صاحب الرديء إذ حق له في الجيد بيقين، ويحتمل أن يكون حقه في الرديء
 منهما، بأن يكون هو الرديء الأصلي، ويحتمل أن يكون حقه في الضائع، بأن يكون هو الأردأ،
 فكان فينفذ وصيته في محل يحتمل أن يكون حقه أولى.

وإنما تعين حق الآخر في ثلث كل من الثوبين؛ لأن صاحبه الجيد لما أخذ بثلثي الجيد،
 وصاحب الرديء ثلث الرديء لم يبق إلا ثلث كل واحد منهما، فقد تعين حقه في ذلك ضرورة.
 (الطحطاوي)

الرديء^(١) ثلثاه، ولذى الوسط ثلث كل، وبيت^(٢) عين من دار
 بينهما أى فى نصب الموصى
 مشتركة وقسم ووقع فى حظه، فهو للموصى له، والأمثل
 أى مثل الوصية فى الحكم المذكور أى بعينها أى شخص آخر هذه الوصية
 ذرعه، والإقرار^(٣) مثلها، وبألف^(٤) عين من مال آخر، فأجاز

(١) أى ويعطى لصاحب الثوب الرديء... إلخ.

(٢) قوله: "وبيت" معناه إذا كانت الدار مشتركة بين اثنين، فأوصى أحدهما بيت بعينه لرجل، فإن الدار تقسم، فإن وقع البيت فى نصيب الموصى، فهو للموصى له، وإن وقع فى نصيب الآخر، فللموصى له مثل ذرع البيت، وهذا عن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله، وقال محمد رحمه الله: له نصف البيت إن وقع فى نصيب الموصى، وإن وقع فى نصيب الآخر كان له مثل ذرع نصف البيت؛ لأنه أوصى بملكه، وملك غيره لكون الدار مشتركة، فنفذ وصيته فى ملكه، ويتوقف الباقي على إجازة صاحبه، فإن ملكه لا تنفذ الوصية السابقة، كما إذا أوصى بملك الغير ثم اشتراه، فإذا اقتسموها ووقع البيت فى نصيب الموصى، نفذ الوصية فى عين الموصى به، وهو نصف البيت.

وإن وقع فى نصيب صاحبه، كان له مثل نصف البيت؛ لا يجب تنفيذها فى البديل عند تعذر تنفيذها فى عين الموصى به.

ولهما أنه أوصى بما يستقر ملكه فيه بالتسمية؛ لأن الظاهر أنه يقصد الإيضاء بملك متفجع به من كل وجه على الكمال، وذلك يكون بالقسمة؛ لأن الانتفاع بالمشاع قاصر، وقد استقر ملكه فى جميع البيت، إذا وقع فى نصيبه، فتنفذ الوصية فيه، ومعنى المبادلة فى القسمة تابع، والمقصود تكميل المنفعة، ولهذا يجبر على القسمة فيه، ولا تبطل بالوصية إذا وقع البيت كله فى نصيب شريكه، ولو كانت مبادلة لبطلت. (الزيلعى والمجمع)

(٣) قوله: "والإقرار [بيعت معين من دار مشتركة]" يعنى إذا أقر ببيت معين من دار مشتركة كان مثل الوصية به حتى يؤمر بتسليمه كله إن وقع البيت فى نصيب المقر عندهما، وإن وقع فى نصيب غيره يؤمر بتسليم قدر زرعه، وعند محمد يؤمر بتسليم نصفه إن وقع فى نصيب المقر وقدر نصف ذرعه إن وقع فى نصيب الغير. (المجمع)

(٤) قوله: "وبألف" أى إذا أوصى رجل بألف درهم بعينها من مال غيره، فأجاز صاحب المال بعد موت الموصى، ودفعه إليه جاز، وله الامتناع من التسليم بعد الإجازة؛ لأنه تبرع بمال الغير، فيتوقف على إجازة صاحبه، فإذا أجاز كان منه هذا ابتداء تبرع، فله أن يتمتع من التسليم كسائر التبرعات، بخلاف ما إذا أوصى بالزيادة على الثلث، أو للقاتل أو للوارث فأجازتها الورثة، حيث لا يكون لهم أن يتمتعوا من التسليم؛ لأن الوصية فى نفسها صحيحة لصادقتها ملكه، وإنما امتنع لحق الورثة، فإذا أجازوها سقط. (الزيلعى)

أى إلى الموصى له أى ولصاحب المال أيضاً

رب المال بعد موت الموصى، ودفعه صح، وله المنع بعد

الإجازة، وصح^(١) إقرار أحد الابنين بعد القسمة^(٢) بوصية أبيه

أى إذا أوصى لرجل بأمة ولدأ أى موت الموصى

فى ثلث^(٣) نصيبه، وبأمة^(٤) فولدت بعد موته،

الأمة والولد أى من ثلث ماله أى الحسارية والولد أى الموصى له

وخرجاً من ثلثه فهما له، وإلا^(٥)

(١) قوله: "وصح" معناه إذا اقتسم لابنان تركه أبيهما، وهو ألف درهم مثلاً، ثم أقر أحدهما لرجل أن أباهما أوصى له بثلث ماله، فإن المقر يعطيه ثلث ما فى يده، وهذا استحسان، والقياس أن يعطيه نصف ما فى يده، وهو قول زفر رحمه الله؛ لأن إقراره بالثلث له تضمن إقراره بمساواته إياه، والتسوية فى إعطاء النصف ليبقى له النصف، فصار كما إذا أقر أحدهما بأخ ثالث لهما، وهذا لأن ما أخذه المنكر كالهالك، فيهلك عليهما.

وجه الاستحسان أنه أقر له بثلث شائع فى جميع التركة، وهى فى أيديهما، فيكون مقرأ له بثلث ما فى يده، وبثلث ما فى يد أخيه، فيقبل إقراره فى حق نفسه لولايته على نفسه، ولا يقبل فى حق أخيه، لعدم الولاية عليه، فيعطيه ثلث ما فى يده.

بخلاف ما إذا أقر أحدهما بالدين عل أبيهما، حيث يأخذ صاحب الدين المقر له جميع ما فى يد المقر حتى يستوفى دينه، ولا شئ للمقر إن لم يفضل منه شئ؛ لأن الدين مقدم على الميراث، فيكون مقرأ بتقدمه عليه، فيقدم عليه، ولا كذلك الوصية؛ لأن الموصى له شريك للورثة، فلا يخذ شيئاً إلا إذا أسلم للوراث ضعف ذلك، ولا نسلم أنه أقر بالمساواة، بل أقر له بثلث التركة، وإنما حصلت المساواة باتفاق الحال، ولهذا لو لم يكن له أخ، فأقر له بالوصية، لا يزيد حقه على الثلث، ولو كان مقرأ له بالمساواة لساواه حالة الانفراد أيضاً، بخلاف ما إذا أقر بأخ ثالث، وكذبه أخوه، حيث يكون ما فى يد المقر بينهما نصفين؛ ولأنه أقر له بالمساواة، فيساويه مطلقاً، ولهذا لو كان وحده أيضاً ساواه، فيكون ما أخذه المنكر هالكا عليهما. (الزيلعى بحذف)

(٢) أى بعد أن اقتسما تركه أبيهما، وهو ألف درهم مثلاً.

(٣) يتعلق بقوله صح، أى صح إقراره فى ثلث نصيبه.

(٤) قوله: "وبأمة" أى إذا أوصى لرجل بجارية، فولدت بعد موت الموصى ولدأ،

وكلاهما يخرجان من الثلث، فهما للموصى له؛ لأن ما يحدث من النماء قبل القسمة يحدث على ملك الميت، ولذا يقضى ديونه منه، فتنفذ الوصية فيهم جميعاً فى الأم أصالة، وفى الولد تبعاً لاتصاله بالأم. (الزيلعى والكشف)

(٥) قوله: "وإلا" أى وإن لم يخرجنا من الثلث ضرب الموصى له بالثلث، وأخذنا يخصه من الأم أولاً، فإن فضل شئ أخذه من الولد، وهذا عند أبى حنيفة رضى الله عنه، وقالوا: يؤخذ

أى وإن لم يخرج من الثلث أى ثم أخذ من الولد أى ولو أوصى لابنه (١) الكافر أو الرقيق فى
أخذ منها ثم منه، ولابنه (٢) الكافر أو الرقيق فى
راضه فأسلم، أو أعتق بطل كهتته (٣) وإقراره (٤)، والمقعد (٤)
راجع إلى الابن الكافر راجع إلى الابن الرقيق

منهما جميعاً، فلو كان له ست مائة درهم، وأمة تساوى ثلث مائة درهم، فأوصى بالجارية، ثم مات، فلو ولدت قبل القسمة ولذا يساوى ثلاث مائة، فلو وصى له الأم، وثلث الولد عنده، وعندهما ثلثا كل واحد منهما.

وله أن الأم أصل، والولد تبع فى الإيجاب، والتبع لا يزاحم الأصل، فلو نفذنا الوصى فيهما جميعاً تنتقض الوصية فى بعض، وذلك لا يجوز، أى لا يجوز انتقاض الوصية فى بعض الأصل لمزاحمة التبع. (الزيلعى والكشف وحاشيته)

(١) قوله: "ولابنه" أى إذا أوصى لابنه الكافر، أو لابنه الرقيق فى مرضه، فأسلم الابن، أو عتق قبل موت الأب، ثم مات من ذلك المرض، بطلت الوصية له، كما تبطل الهبة له، والإقرار له بالدين أما الوصية، فلأن المعتبر فيها حالة الموت، وهو وارث فيها، فلا يجوز له، والهبة حكمها مثل الوصية لما عرف فى موضعه.

وأما الإقرار فإن كان الابن كافراً فلا إشكال فيه؛ لأن الإقرار وقع لنفسه، وهو وارث بسبب كان ثابتاً عند الإقرار، وهو البنوة، فيمتنع لما فيه من تهمة إثبات البعض، فكان كالوصية، فصار كما إذا كان له ابن، وأقر لأخيه فى مرضه، ثم مات الابن قبل أبيه المقر، وورثته أخوه المقر له، فإن الإقرار له يكون باطلاً، لما ذكرنا، كذا هذا.

بخلاف ما إذا أقر لامرأة فى مرضه، ثم تزوجها حيث لا يبطل الإقرار لها؛ لأنها صارت وارثة بسبب حادث، والإقرار ملزم بنفسه، وهى أجنبية حال صدوره، فيلزم لعدم المانع من ذلك، ويعتبر من جميع المال، بخلاف الوصية لها؛ لأنها إيجاب عن الموت، وهى وارثة عنده، فلهذا اتحد الحكم فيهما فى الوصية، واختلف فى الإقرار حتى لو كانت الزوجية قائمة عند الإقرار، وهى غير وارثة، بأن كانت نصرانية، أو أمة ثم أسلمت قبل موته، أو أعتقت لا يصح الإقرار لها، فقيام السبب حال صدوره.

وإن كان الابن عبداً فإن كان عليه دين لا يصح إقراره له؛ لأن الإقرار وقع له، وهو وارث عند الموت، فيبطل كالوصية، وإن لم يكن عليه دين صح الإقرار؛ لأنه وقع للمولى إذ العبد لا يملك. (الزيلعى)

(٢) أى كبطلان هبته لابنه الكافر أو الرقيق، ثم أسلم الابن، أو أعتق قبل موت الأب، ثم مات فى ذلك المرض.

(٣) أى وكبطلان إقراره فى مرض موته لابنه الكافر، أو الرقيق بشىء ثم أسلم، أو عتق قبل موت الأب. (العينى)

(٤) بضم الميم وفتح العين هو من لا يقدر على القيام.

والمفلوج^(١) والأشل^(٢) والمسلول أن تطاول ذلك^(٣)، فلم يخف
 أى من ذلك المرض الذى ابتلى به كالأصحاء
 منه الموت، فهبته من كل المال^(٤)، وإلا^(٥) فمن الثلث.

أى فى مرض الموت

باب^(٦) العتق فى المرض

مبتدأ، أى تحرير الرجل عبده
 أى هبة الرجل فى مرضه حتى تعتبر من الثلث
 تحريره فى مرض موته، ومحاباته^(٧) وهبته^(٨) وصية^(٩) ولم

(١) الفالج ذهاب الحس والحركة من أحد شقى البدن، وسلامة الشق الآخر. (الكشف)

(٢) الشلل فساد فى اليد أو الرجل.

(٣) أى المرض الذى كل واحد من هؤلاء مبتلى به.

(٤) قوله: من كل المال "لأنه إذ تقادم العهد صار تبعاً من تبعه، كالعمى والعرج، وهذا لأن المانع من التصرف مرض الموت، ومرض الموت ما يكون سبباً للموت غالباً، وإنما يكون سبباً للموت غالباً إذا كان سبباً، بحيث يزداد حالاً فحالاً إلى أن يكون آخره الموت، وأما إذا استحکم وصار بحيث لا يزداد، ولا يخاف منه الموت، لا يكون سبباً للموت، كالعمى ونحوه، إذ لا يخاف منه، ولهذا لا يشتغل بالتداوى. (الزيلعى)

(٥) قوله: "وإلا" أى وإن لم يتطاول يعتبر تصرفه من الثلث إذا كان صاحب فراش، ومات منه فى أيامه؛ لأنه من ابتداء يخاف منه الموت، ولهذا يتداوى، فيكون لمرض الموت، وإن صار صاحب فراش بعد التطاول، فهو كمرض حدث به حتى تعتبر تبرعته من الثلث. (الزيلعى)

(٦) قوله: "باب" لما كان الإعتاق فى المرض فى معنى الوصية لوقوعه تبرعاً فى زمان تعلق حق الورث، ذكره فى كتاب الوصايا، ولكن أخره عما هو صريح فى الوصية، لكون الصريح هو الأصل فى الدلالة. (الشلبى)

(٧) قوله: "ومحاباته [أى محاباة الرجل فى مرض موته وهى من الحباء وهو العطاء] صورته أن يبيع ما يساوى مائة بخمسين أو يشتري ما يساوى خمسين بمائة، فالزائد على قيمة المثل فى الشراء، والناقص فى البيع محاباة. (الطحطاوى)

(٨) قوله: "وهبته" أى إذا اتصل بها القبض قبل موته، أما إذا مات ولم تقبض فتبطل الوصية؛ لأن هبة المريض هبة حقيقة، وإن كانت وصية حكماً. (الطحطاوى)

(٩) قوله: "وصية" حكم هذه التصرفات كحكم وصية شبهت بالوصية، ولم تكن وصية؛ لأن الوصية إيجاب بعد الموت، وهذه التصرفات منجزة فى الحال، لكن له كانت فى المرض، صارت كحكمه التعلق أحق الورثة. (الطحطاوى بتصرف)

يسع^(١) إن أُجيز، فإن^(٢) حابي فحرر، فهي أحق، وبعكسه^(٣)

استويا، وإن أوصى بأن يُعتق عنه بهذا المائة عبد، فهلك منها

درهم، لم تنفذ^(٤) بخلاف الحج به، وبعث^(٥) عبده فمات،

فجنى ودفع بطلت، وإن فدى لا^(٦)، وبثلته^(٧) لزيد، وترك عبداً

(١) قوله: "ولم يسع" أى إذا جازت الورثة العتق في المرض، فلا سعاية على المعتق؛ لأن العتق في المرض وصية على ما بيناه، وهى تجوز بأزيد من الثلث بإجازة الورثة، فلا يلزمه شيء؛ لأن المنع لحقهم فيسقط بالإجازة على ما بينا. (الزيلعى)

(٢) قوله: "فإن" أى إذا حابى ثم أعتق فالمحاباة أولى، وإن أعتق ثم حابى فهما سواء، وهو المراد بقوله: وبعكسه استويا، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله.

وقالا رحمهما الله: هما سواء فى المسألتين صورته: له عبدان قيمة أحدهما اثنا عشر، والآخر ستة، فباع الأعلى من زيد بستة، ثم أعتق الأرخص، ولم يكن له مال سواءهما، فالثلث لزيد، وفى عكسه الثلث بين زيد، والأرخص والأصل أن الوصايا إذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث لا يقدم بعضها على بعض، إلا العتق والمحاباة الواقعين فى المرض، فيقدمان على سائرهما.

أما العتق فلا أنه أقوى؛ لأنه لا يلحقه الفسخ، وكذا المحاباة؛ لأنه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصى، ثم المحاباة أقوى من العتق لثبوتها فى ضمن عقد المعاوض، فكانت تبرعاً معنى، لا صيغة، والإعتاق تبرع معنى وصيغة، فإذا وجدت المحاباة أولاً، دفع الأضعف، وإذا وجد العتق أولاً، وثبت وهو لا يحتمل الفسخ، كان من ضرورة المزاحمة. (الزيلعى والكشف)

(٣) أى بعكس الحكم المذكور، وهو أن يعتق أولاً، ثم يحابى.

(٤) قوله: "لم تنفذ" وقالوا ينفذ بما بقى كالحج، وله أنه وصية بالعتق لعبد يشترى جارية فتفنيدها فى المشتري بأقل منها تنفيذ لغير الموصى له، بخلاف الوصية بالحج، لأنها قرينة محضة، هى حق الله تعالى، والمستحق لم يتبدل، وصار كما إذا أوصى لرجل بمائة، فهلك بعضها يدفع الباقي إليه. (الكشف)

(٥) قوله: "وبعث" أى إذا أوصى بعتق عبده، فمات المولى، فجنى العبد، ودفع بالجناية بطلت الوصية؛ لأن الدفع قد صح؛ لأن حق ولى الجناية مقدم على حق الموصى، فكذا على حق الموصى له، وهو العبد نفسه؛ لأنه يتلقى الملك من جهة الموصى، وملك الموصى باق إلى أن يدفع به، ويزول ملكه، فإذا خرج عن ملكه بطلت الوصية، كما إذا باعه الموصى، أو وارثه بعد موت بالدين. (الزيلعى)

(٦) قوله: "لا [أى لا تبطل الوصية]" أى لا تبطل الوصية إن فداه الورثة، وكان الفداء

فادعى زيد عتقه في صحته، والوارث في مرضه، فالقول
 مع يمينه وهو الموصى له
 للوارث، ولا شيء لزيد إلا أن يفضل من ثلثه شيء، أو يبرهن
 أى على أن العتق وقع في الصحة على الميت ولا مال له ما غيره في الصحة
 على دعواه، ولو ادعى رجل ديناً، والعبد عتقاً،
 وهو مدعى الدين
 وصدقهما الوارث، سعى^(١) في قيمته، وتدفع إلى الغريم،
 أى لو أوصى بحقوق وصية الموصى
 وبحقوق^(٢) الله تعالى قدمت الفرائض، وإن أخرجها كالحج

في أموالهم؛ لأنهم هم الذين التزموه، وجازت الوصية؛ لأن العبد طهر عن الجنائية، فصار كأن لم
 يجنى. (الزيلعي)

(٧) قوله: وبثلثه أى إذا أوصى بثلث ماله لزيد وله عبد، وأقر الموصى له، والوارث أن
 الميت أعتق هذا العبد، فقال الموصى له أعتقه في الصحة، وقال الوارث أعتقه في المرض، فالقول
 قول الوارث، ولا شيء للموصى له إلا أن يفضل من الثلث شيء، أو تقوم البينة أن العتق كان في
 الصح.

أما اعتبار قول الورثة فلأن الموصى له يدعى استحقاق ثلث الباقي من التركة بعد العتق؛ لأن
 عتق الصحة نافذ من جميع المال، والوارث ينكره؛ ولأن الظاهر شاهد للوارث؛ لأن العتق حادث
 والحوادث تضاف إلى أقرب الأوقات، وأما أنه لا شيء لزيد، فلأن العتق في المرض مقدم على
 الوصية، وأما إذا فضل من ثلثه شيء، فلعدم المزاحم حيثئذ، وأما في صورة البرهان فلأن الثابت
 برهاناً كالثابت عيناً. (الزيلعي والكشف مع تغيير وتصرف)

(١) قوله: سعى هذا عند الإمام، وعندهما لا يسعى لهما أن الدين والعتق في الصحة
 ظهراً معاً لتصديق الوارث في كلام واحد، فكأنهما وقعا معاً، والعتق في الصحة، لا يوجب
 السعاية.

وله أن الإقرار بالدين أقوى؛ لأنه في المرض يعتبر من كل المال، والإقرار بالعتق يعتبر من
 الثلث، فيجب أن يبطل العتق، لكنه لا يحتمل البطلان، فيبطل معنى بإيجاب السعاية عليه.
 ولأن اسناد العتق إلى الصحة إنما يصح إذا لم يوجد شغل الدين، وقد وجد الدين هنا،
 فمنع الإسناد، فوجب رده بالدين ورده بالسعاية. (المجمع بتصريف)

(٢) قوله: "وبحقوق أى ولو أوصى بحقوق الله تعالى، قدمت الفرائض منها، وإن أخرج
 الموصى الفرائض في الذكر؛ لأنها أهم من النفل، والظاهر منه البداية بما هو الأهم، والمرد بالبداية
 البداية في الإعطاء، فلا ينافيه قول الماتن، وإن أخرجها. (عز)

يبدأ بكفارة قتل، ثم يمين، ثم ظهار، ثم إفطار الحقوقي إن ضاق عنها الثلث الموصي

والزكاة والكفارات، وإن تساوت في القوة بدئ^(١) بما بدأ

به، وبحجة^(٢) الإسلام أحجوا عنه رجلا من بلده يحج أى لو أوصى بحجة، إلخ أى عن الموصي

راكبا، وإلا^(٣) فمن حيث يبلغ، ومن خرج من بلده حاجا، أى فأحجوا عنه من حيث يبلغ الثلث

فمات في الطريق، وأوصى بأن يحج^(٤) عنه من بلده، والحاج^(٥)

أى مثل من خرج حاجا حكما وخلافا

عن غيره مثله

(١) قوله: "بدئ" لأن الظاهر أنه يبتدئ بالأهم ثم الزكاة متقدمة على الحج في رواية عن أبي يوسف لتعلق حق العباد بها في أخرى عنه، وهو قول محمد يقدم الحج لقيامه بالنفس والمال، وهو مقدمان على الكفارات لما جاء فيهما من الوعيد ما لم يأت فيها قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَكْتُمُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يُنْفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾، وقال تعالى: ﴿وَمَنْ كَفَرَ فَإِنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ عَنِ الْعَالَمِينَ﴾، وقال ﷺ: «من مات وعليه حجة الإسلام إن شاء مات يهوديا وإن شاء مات نصرانيا»، ثم الكفارات على صدقه الفطر لوجوبها بنص القرآن، ثم هي على الأضحية للاتفاق على وجوبها. (الكشف وحاشيته)

(٢) قوله: "وبحجة" أى إذا أوصى بحجة الإسلام أحجوا عنه رجلا من بلد يحج عنه راكبا؛ لأن الواجب عليه أن يحج من بلده، فيجب عليه الإحجاج كما وجب؛ لأن الوصية لأداء ما هو الواجب عليه، وإنما شرط أن يكون راكبا؛ لأنه لا يلزمه أن يحج ماشيا، فوجب على الإحجاج على الوجه الذي لزمه. (الزيلعي)

(٣) قوله: "وإلا" أى إن لم يبلغ الثلث النفقة إذا أحجوا عنه من بلده أحجوا عنه من حيث يبلغ، والقياس أن لا يحج عنه؛ لأنه أوصى بالحج على صفة، وقد عذمت تلك الصفة فيه، ولكن جاز استحسانا؛ لأن مقصوده تنفيذ الوصية، فيجب تنفيذها ما أمكن، ولا يمكن على هذا الوجه فيؤتى بها على وجه يمكن وهو أولى من إبطاله. (الزيلعي)

(٤) قوله: "ويحج" عند أبي حنيفة، وقال من حيث بلغ لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَخْرُجْ مِنْ بَيْتِهِ مُهَاجِرًا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾ الآية، وبه قال الشافعي وأحمد، وله أن عمله بطل بموته فيبدأ، والآية في حق أحكام الآخرة من الثواب، وهذا الخلاف فيمن له وطن، وأما من لا وطن له، فيحج عنه من حيث مات بالإجماع؛ لأن وطنه حيث حل. (العيني)

(٥) قوله: "والحاج" أى المأمور بالحج عن الغير فحج عنه، فمات في الطريق فحكمه حكم الحاج عن نفسه إذا مات في الطريق حتى يحج منه ثانيًا من وطنه عند أبي حنيفة رضى الله عنه، وعندهما من حيث مات الأول، وقد ذكرنا في كتاب الحج. (الزيلعي)

من الأهل والأصهار والأختان، ونحو ذلك

باب^(١) الوصية للأقارب وغيرهم

أى جيران الشخص^(٢) ملاصقوه، وأصهاره^(٣) كل ذى رحم محرم من
أى أصهار الشخص^(٢) جمع ختن أى اختلاف الشخص^(٥) كل ذات رحم محرم منه وأهله^(٦)
كأزواج البنات والعمات والحالات
أى أهل الرجل

(١) قوله: "باب" إنما آخر هذا الباب عما تقدم؛ لأن هذا الباب فى ذكر أحكام الوصية لقوم مخصوصين، وفيما تقدم ذكر أحكامها على وجه العموم والخصوص بتلو العموم أبداً. (الطحاوى)

(٢) قوله: "جيرانه" أى إذ أوصى لجاره صرف إلى الملاصق لداره، فإنه هو المستعمل عرفاً وشرعاً، وهذا عند أبى حنيفة وزفر، وهو القياس وعندهما إلى من يسكن محلته، ويجتمع معه فى مسجدها؛ لأنه جار شرعاً، قال النبى ﷺ: «لا صلاة لجار المسجد إلا فى المسجد»، رواه الدارقطنى عن جابر وأبى هريرة والحاكم فى "مستدرکه"، وسكت عنه، وقال ابن حزم: هو الصحيح عن على، والمعنى: لا صلاة كاملة، وقال أحمد: لا صلاة صحيحة، وفسر الجار بكل من سمع النداء، ثم يدخل فيه الجار الساكن والمالك والذكر والأنثى والمسلم والذمى، ويدخل فيها الأرملة؛ لأن سكنها مضافة إليها، ولا يدخل فيها التى لها زوج؛ لأن سكنها مضافة إلى زوجها، وهى تبع له، فلم تكن جاراً حقيقة. (شرح النقاية)

(٣) قوله □ "وأصهاره" قال فى البرهان: أوصى لأصهاره، تكون الوصية لكل ذى رحم محرم، وتكون لكل ذى رحم محرم من امرأة أبيه، وامرأة كل ذى رحم محرم؛ لأن الكل أصهاره، وما ذكره المصنف هو تفسير الإمام محمد، قال البدر العيى فى شرحه للهداية: قل الإنزاري: قول محمد بن الحسن حجة فى اللغة، استشهد به أبو عبيدة فى غريب الحديث... اهـ. وقال فخر الإسلام البزدوى فى "شرح الزيادات": أن الصهر قد يطلق على الختن لكن الغالب ما ذكره محمد، قال حاتم بن عدى: ولو كنت صهر الابن مروان قربت ركابى إلى المعروف واطعن الرجب ولكننى صهر لآل محمد وخال بنى العباس والخال كالأب، سمي نفسه صهراً وكان أخاً لامرأة العباس... اهـ. (الطحاوى)

(٤) كآباءها وأعمامها وأخواتها وأخوالها وأخواتها وغيرهم.

(٥) قول: "زوج" لأن الكل يسمى ختنًا، وكذا كل ذى رحم محرم من أزواجهن؛ لأنهم يسمون أختانًا، وقيل: هذا فى عرفهم، وفى عرفنا لا يتناول الأزواج المحارم، ويستوى فيه الحر والعبد. (الزيلعى)

(٦) قوله: "وأهله" عند أبى حنيفة رحمه الله، وعندهما كل من يعوله وينفق عليه غير ماله كاعتباراً للعرف، ويؤيده قوله تعالى: ﴿وَأَتُونِي بِأَهْلِكُمْ أَجْمَعِينَ﴾ وقوله: ﴿فَنَجَّيْنَاهُ وَأَهْلَهُ﴾

وزوجته، وآله أهل بيته^(١) وجنسه أهل بيت أبيه^(٢)، وإن أوصى
لأقاربه، أو لذوى قرابته، ولأرحامه، أو لأنسابه فهي^(٣) للأقرب

إلا أمرآته، فإن المراد من في عياله.

ولأبى حنيفة أن الاسم حقيقة في الزوجة، قال الله تعالى: ﴿وَسَارَ بِأَهْلِهِ﴾ وَقَالَ لِأَهْلِهِ امْكُثُوا وجه الاستشهاد أنه لم ينقل أنه كان مع موسى حيث أخذ من أقرباءه عليه الصلاة والسلام وأقرباءها، فممنوع الجمع في "فامكثوا" للتعظيم. (شرح النقاية وحاشية الكشف)

(١) قوله: "أهل بيته" فإذا أوصى الرجل لآله وشملت الوصية كل من ينسب إليه من قبل آباءه إلى أقصى أب له في الإسلام، والأقرب والأبعد والذكر والأنثى والمسلم والكافر والصغير والكبير فيه سواء، ولا يدخل فيه أولاد البنات ولا أولاد الأخوات، ولا أحد عن قرباتها سلامة لا ينسبون إلى أبيه، وإنما ينسبون إلى آباءهم؛ لأن النسب يعتبر من الآباء. (شرح النقاية)

(٢) قوله: "أبيه" لأن الأبناء يتجنس بأبيه؛ لأن الجنس النسب، والنسب بالآباء، لا المرأة، بخلاف قرابته فإنه يكون من جانب الأب والأم. (الكشف وحاشيته)

(٣) قوله: "فهي" إلى قوله فصاعداً، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله، وقالوا: الوصية لكل من ينسب إلى أقصى أب له في الإسلام، وإن لم يسلم يعد أن أدرك الإسلام، أو أسلم على ما اختلف فيه المشايخ.

وفائدة الخلاف تظهر في مثل أبى طالب وعلى رضى الله عنه إذا وقعت الوصية لأقرباء أحد من أولاد على، فمن اكتفى بإدراك الإسلام صرف إلى أولاد أبى طالب، ومن شرط إسلامه صرف إلى أولاد على رضى الله عنهم، لا غير، ولا يدخل أولاد عبد المطلب؛ لأنه لم يدرك الإسلام. لهما أن الاسم يتناول الكل؛ لأن لفظة القريب حقيقة للكل، إذ هي مشتقة من القرابة، فيكون اسماً لكل من قامت به، فيتناول مواضع الخلاف ضرورة.

ولأبى حنيفة رضى الله تعالى عنه أن الوصية لأخت الميراث، وفي الميراث يعتبر الأقرب فالأقرب، فكذا في أخته؛ لأن الأخت لا تخالف الأخت في الأحكام، ولا يدخل فيه قرابة الولاد، وعندنا لأنهم لا يضمون أقرباء عادة، ومن سمي والده قريباً كان منه عقوقاً، إذ القريب في عرف أهل اللغة من يتقرب إلى غيره بواسطة غيره، وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره، ولهذا عطف القريب على الوالدين في قوله تعالى: ﴿الْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾، والعطف للمغايرة، ولو كانا منهم لما عطفوا عليهما.

ويدخل فيه الجد والجدة وولد الولد في ظاهر الرواية، وقيل: ما ذكرناه من أنه يصرف إلى أقصى أب له في الإسلام، كان في ذلك الزمان حين لم يكن في أقرباء الإنسان الذين ينسبون إلى أقصى أب له في الإسلام كثرة، فأما في زماننا فيفهم كثرة لا يمكن إحصاءهم، يتصرف الوصية إلى أولاد أبيه وجده وجد أبيه وأولاد أمه وجدة أمه، ولا تصرف أكثر من ذلك.

وإنما تكون للثنتين فصاعداً عنده؛ لأن المذكور فيه بلفظ الجمع، وفي الميراث يراد بالجمع

فالأقرب من كل ذى رحم محرم منه، ولا يدخل^(١) الوالدان

والولد والوارث^(٢)، وتكون لل اثنين فصاعداً^(٣)، فإن^(٤) كان له^(٥)

أي الوصية أي لعلى ذلك الشخص أي للعَم نصف الوصى
عَمَّان وخالان فهى^(٦) لعميه، ولو^(٧) عمّ وخالان له النصف

أي للخالين الآخر أي ولو أوصى لولد... إلخ
ولهما النصف، ولو^(٨) له عمّ وعمّة استويا، ولولد^(٩) فلان

المتنى، فكذا فى الوصية؛ لأنهما أخته. (الزيلعى ملخصاً)

(١) ويستوى فيه الصغير والكبير والحر والعبد والذكر والأنثى والمسلم والكافر.

(٢) فلو أدت بقوله عليه الصلاة والسلام: «لا وصية لوارث»، بهذا يتجه ما بحثه بعضهم من أن هذا لو أوصى لأقارب نفسه، أما لو أوصى لأقارب غيره، ينبغى أن لا يخرج الوارث. (الكشف)

(٣) نصب على الحال من مقدر تقديره فمضى الحكم حال كونه صاعداً.

(٤) قوله: "فإن" تفصيل لمذهب أبى حنيفة بعد إجماله، حيث أجمل الأقرب؛ لأن ظاهره مساواة الحال، والعَم لتساويهما درجة مع أن العم مقدم، فيبين أن الأقرب الأقوى مقدم على الأقرب الضعيف. (الكشف وحاشيته)

(٥) أى للشخص الذى أوصى رجل لأقاربه، أو لذوى قرابته، أو لأرحامه، أو لأنسابه. (العينى)

(٦) قوله: "فهى" اعتباراً للأقرب، كأنه أراد الأقوى؛ لأنه عصبة، ومقدم فى النفقة، وإلا فالفرقان سواء فى الدرجة، وقال: بينهم أرباعاً. (الكشف وحاشيته)

(٧) قوله: "ولو" أى لو كان له عم وخالان، فكان للعم نصف ما أوصى به، وللخالين النصف جمع، فلا بد من اعتبار معنى الجمع فيه، وهو الاثنان فى الوصية على ما عرف، فيضم إلى العم الخالان؛ ليصير جمعاً، فيأخذ هو النصف؛ لأنه أقرب يأخذان النصف لعدم من يتقدم عليهما فيه.

بخلاف ما إذا أوصى لذى قرابة حيث يكون جميع الوصية للعم؛ لأنه لفظ مفرد، فيحرز الواحد جميع الوصية، إذ هو الأقرب، ولو كان له عم واحد لا غير، كان له نصف الوصية؛ لما بينا أنه لا بد من اعتبار الجمع فيه، ويرد النصف إلى الورثة لعدم من يستحقه؛ لأن اللفظ جمع، وأدناه اثنان فى الوصية، فيكون لكل، ولعدمهما النصف، فهذا يعطى له، والنصف الآخر يرد إلى الورثة. (الزيلعى)

(٨) قوله: "ولو" أى ولو كان له عم وعمّة استويا، وكذا خال وخالة، لاستواء قرابتهما،

أى للوصية للذكر... إلخ لأن اسم الولد منتظم الكل انتظاماً واحداً
 للذكر والأنثى على السواء، ولورثة^(١) فلان للذكر مثل حظ
 الأنثيين.

باب^(٢) الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة

وتصح^(٣) الوصية بخدمة عبده وسكنى داره مدة معلومة
 والخدمة المطلقة تناول الأبد لأن حق الموصى له فى الثلث لا تزاحمه الورثة فيه
 وأبداً، فإن خرج العبد من ثلثه سلم إليه ليخدمه وإلا

وعدم إرثهما لعارض شت لا يضعف هذه القرابة كالعم الكافر، فإن قرابته لا تضعف بحرمانه من
 الإرث. (العينى والكشف وحاشيته)

(٩) قوله: "ولولد" أى لو أوصى لولد فلان، فالوصية بينهم للذكر والأنثى على
 السواء؛ لأن اسم الولد يشمل الكل، وليس فى اللفظ شىء يقتضى التفضيل، فتكون الوصية بينهم
 على السواء. (الزيلعى)

(١) قوله: "ولورثة" أى إذا أوصى لورثة فلان، كانت الوصية بينهم للذكر مثل حظ
 الأنثيين؛ لأنه لما نص على لفظ الورثة، أذن ذلك بأن قصده التفصيل، كما فى الميراث، ولأن
 التنصيص على المشتق دليل على ماأخذه للحكم، فكانت الورثة هى العلة.
 وظهره أن قوله: للذكر مثل حظ الأنثيين خاص بالأولاد والإخوة والأخوات، وفى
 غيرهم تقسم على قدر فروضهم، وهو المذكور فى الأضعاف، والمضاف فى مسائل الأوقاف،
 والوصية أخت الوقف، ثم الشرط فى صحة الوصية لورثة فلان أو عقبه موت فلان قبل موت
 الموصى؛ لأن الورثة والعقب إنما يكون بعد الموت. (الكشف)

(٢) قوله: باب "لما فرغ عن بيان أحكام الوصايا التى تتعلق بالأعيان شرع فى بيان أحكام
 الوصايا التى تتعلق بالمنافع، وهى الأعراض، وأخرها عن الأعيان؛ لأن الأعيان هى الأصل لكون
 العين قائمة بذاتها دون العرض. (الشلبى)

(٣) قوله: وتصح "لأن المنافع يصح تمليكها فى حالة الحياة ببدل وبغير بدل، فكذا بعد
 الممات لحاجة، كما فى الأعيان، ويكون محبوساً على ملك الميت فى حق المنفعة حتى يتملكها
 الموصى له على ملكه، كما يستوفى الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف، ويجوز
 مؤقتاً ومؤبداً، كما فى العارية، فإنها تمليك على أصلنا، بخلاف الميراث، فإنه خلافة فيما يتملكه
 المورث. (الزيلعى)

أى وإن لم يخرج منه الثلث
خدم^(١) الورثة يومين والموصى له يوماً، وبموته^(٢) يعود إلى
 أى ولو أوصى بثمره
ورثة الموصى، ولو مات فى حياة الموصى بطلت^(٣)، وبثمره^(٤)

(١) قوله: "خدم" لأن حقه فى الثلث، وحققهم فى الثلثين، كما فى الوصية بالعين، وإعنا
 تعين التهاؤ فى العبد؛ لأنه لا يمكن القسمة فيه بالأجزاء؛ لأنه لا يتجزى، فيصير إلى المهايأة إيفاءً
 للحقين، بخلاف الدار، فإن القسمة فيها بالأجزاء ممكنة، وهو أعدل من القسمة التهاؤ لما فيها من
 التسوية بين المتقاسمين زماناً وذاتاً، وفى التهاؤ تقديم أحدهما على الآخر زماناً.
 ولو اقتسموا الدار مهابأة جاز؛ لأن الحق لهم، إلا أن الأول أولى لكونه أعدل. (شرح
 النقاية)

(٢) قوله: "وبموته" أى وبموت الموصى له بعد موت الموصى يعود كل من العبد الموصى
 بخدمته والدار الموصى بسكنائها إلى الورثة؛ لأن الموصى أوجب للموصى له أن يستوفى المنافع
 على حكم ملكه، فلو انتقل الاستيفاء إلى ورث الموصى له، لاستحق ذلك ابتداء من ذلك الموصى
 بغير رضاه، وذلك لا يجوز. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "وبطلت" لأنها غلبت الموصى له، ولا يتصور تملك الموصى له وهو ميت.
 (شرح النقاية)

(٤) قوله: "وبثمره" أى إذا أوصى بثمره بستانه، ثم مات وفيه ثمرة، كان له هذه الثمرة
 وحدها، وإن قال: له ثمرة بستانى أبداً، كان له هذه الثمرة، وثمره فيما يستقبل ما عاش، وإن
 أوصى له بغلة بستانه، فله الغلة القائمة، وغلته فيما يستقبل.
 فحاصله أنه إذا أوصى بالغلة استحقه دائماً، وبالثمره لا يستحق إلا القائم إلا إذا زاد أبداً،
 فحينئذ يصير كالغلة، فيستحقه دائماً، وهو المراد بقوله: وإن زاد أبداً له هذه الثمرة، وما يستقبل
 كغلة بستانه، أى إذا زاد فى الثمرة لفظه أبداً، صار كما إذا أوصى بغلة بستانه من غيره زيادة شيء،
 حتى يستحق الموجودة ما سيوجد فيهما، فيحتاج إلى الفرق بينهما.

والفرق أن الثمرة فى العرف اسم للموجودة، فلا يتناول التى ستوجد؛ لأنها معدومة، إلا
 بدلالة زائدة، مثل التنصيص على التأييد، والغلة فى العرف ينتظم الموجودة، وما يوجد مرة بعد
 أخرى، يقال: فلان يأكل من غلة بستانه، وغلة أرضه، والمراد مما وجد وما يوجد، فإذا أطلقت
 يتناولهما تناولاً غير موقوف على دلالة أخرى.

وإعنا قال: فيه ثمرة؛ لأن البستان لو لم يكن كذلك، والمسألة بحالهما تناولت الثمرة ما كان
 موجوداً، وما يوجد ما عاش الموصى له، كمسألة الغلة، وذلك لأن الثمرة تنتظم الموجود حقيقة،
 ولا تناول المعدوم إلا مجازاً، فإذا كان فى البستان ثمرة عند موت الموصى، كان لفظ الثمرة
 مستعملاً فى حقيقته، فلا يتناول المجاز، وإن لم يكن فيه ثمرة يتناول المجاز، ولا يجوز الجمع
 بينهما إلا أنه إذا ذكر لفظ الأبد تناولهما عملاً بعموم المجاز، لا جمعاً بين الحقيقة والمجاز. (الزيلعى)

جواب المسألة

هذا جواب المسألة ولجدها

حالية

بستانه فمات، وفيه ثمرة له هذه الثمرة، فإن زاد^(١) أبداً له

أى ثمرة أيضاً فيما يستقبل ما عاش

هذه، وما يستقبل كغلة بستانه وبصوف^(٢) غنمه وولدها ولبنها

جواب المسألة أى عند موت الموصى

أى أو لم يقل

له الموجود عند موته، قال: أبداً أو لا.

باب وصية الذمي

بعد ذلك

ذمي جعل داره بيعة، أو كنيسة فى صحته، فمات فهى

جائز

ميراث^(٣)، وإن^(٤) أوصى بذاك^(٥) لقوم مسمين فهو من الثلث،

وشرح النقاية

(١) أى الموصى فى وصيته بثمر بستانه .

(٢) قوله : "وبصوف" أى إذا أوصى بهذه الأشياء، كان له الموجود عند موته، ولا يستحق ما يستحدث بعد موته، سواء قال : أبداً أو لم يقل ؛ لأنه إيجاب عند الموت، فيعتبر قيام هذه الأشياء يومئذ، بخلاف الثمرة والغلة، والفرق أن القياس بأبى تمليك المعلوم إلا أن فى الثمرة أو الغلة المعدومة قد جاء الشرع بورود العقد عليها، كالمعاملة والإجارة، فيقتضى الجواز فى الوصية بالأولى ؛ لأن بابها أوسع، أما البلد المعلوم وأختاه فلم يرد الشرع بإيراد العقد عليها، فكذا لا تدخل فى الوصية .

ثم مسائل هذا الباب على وجوه ثلاثة : منها : ما يقع على الموجود، والمعدوم ذكر الأبد أو لم يذكر، كالوصية بالخذمة، والسكنى والغلة والثمرة إذا لم يكن فى البستان شئ من الثمرة عند موته .

ومنها : ما يقع على الموجود دون المعدوم، ذكر الأبد أو لم يذكر، كالوصية باللبن فى الفرع والصوف على الظهر والولد فى البطن، ومنها : ما يقع على المعدوم والموجود إن ذكر الأبد، وإلا فعلى الموجود فقط، كالوصية بثمرة بستانه وفيه ثمرة . (الزيلعى والكشف)

(٣) قوله : "ميراث" وهذا بالاتفاق، أما عند أبى حنيفة رحمه الله، فلائنه بمنزلة الوقف يورث عنده ولا يلزم، وأما عندهما فلائنه معصية، فلا يصح عندهما، فإن قيل : إن هذا فى حقهم كالمسجد فى حقنا، والمسجد لا يباع ولا يورث، فينبغى أن يكون هذا كذلك، فنقول ليس هو كالمسجد ؛ لأنهم يسكنون، ويدفنون فيه موتاهم حتى لو كان المسجد، كذلك يورث قطعاً ؛ لأنه حينئذ لم يصير محرراً خالصاً لله تعالى . (عز)

(٤) قوله : وإن" أى إذا أوصى بأن تبنى داره بيعة أو كنيسة لناس معينين، فهو جائز من

أى وإذا أوصى بداره أن تجعل كنيسة فى القرى فلو فى المصر لم تجز اتفاقاً

وبداره^(١) كنيسة لقوم غير مسمين صحت كوصية حربى
لا وارث له هنا فإنها صحيحة
مستأمن بكل ماله لمسلم أو ذمى.

الثالث ؛ لأن الوصية فيها معنى الاستحلاف، ومعنى التملك، فأمكن تصحيحها على اعتبار المعنيين . (الزيلعى)

(٥) أى بأن يبنى داره بيعة، أو كنيسة لناس معينين .

(١) قوله : " بداره " أى إذا أوصى بداره أن يبنى كنيسة لقوم غير مسمين، صحت ما تصح وصيه حربى . . إلخ، أما الأول، وهو ما إذا أوصى بأن يبنى داره كنيسة بغير معين، فهو قول أبى حنيفة رضى الله عنه، وعندهما الوصية باطلة ؛ لأن هذا معصية حقيقة، وإن كان فى معتقدهم قرية، والوصية بالمعصية باطلة ؛ لأن تنفيذها تقرير المعصية .

ولأبى حنيفة رحمه الله أن هذه قرية فى معتقدهم، ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون، فيجوز بناء على معتقدهم، ألا ترى أنه لو أوصى بما هو قرية حقيقة، وهو معصية فى معتقدهم لا تجوز الوصية اعتباراً لاعتقادهم فكذا عكسه .

والحاصل : أن وصايا الذمي ثلاثة أقسام منها ما هو جائز بالاتفاق، وهو ما إذا أوصى بما هو قرية عندنا، وهم كما إذا أوصى بأن يسرج فى بيت المقدس، أو بأن تعزى الترك، وهو من الروم، سواء كان لقوم معينين، أو غير معينين ؛ لأنه وصية بما هو قرية، وفى معتقدهم أيضاً قرية، ومنها ما هو باطل بالاتفاق، وهو ما إذا أوصى بما ليس بقرية عندنا، ولا عندهم، كما إذا أوصى للمغنيات والناتحات، أو أوصى بما هو قرية عندنا، وليس بقرية عندهم، كما إذا أوصى بالحج، أو ببناء المساجد للمسلمين، أو بأن تسرج مساجدهم ؛ لأنهم معصية عندهم، إلا أن تكون لقوم أعيانهم، فتصح باعتبار التملك، ومنها ما هو مختلف فيه، وهو ما إذا أوصى بما هو قرية عندهم، وليس بقرية عندنا كبناء الكنيسة لقوم غير معينين، فعن أبى حنيفة رحمه الله يجوز، وعندهما لا يجوز، وإن كان لقوم معينين يجوز بالإجماع . (الزيلعى بحذف وتصرف)

باب^(١) الوصى

أى جعل وصيًا أى يعلمه أى يعلمه أى لا يصح الرد بغيبته
أوصى إلى رجل فقبل عنده ورد عنده يرتد^(٢) وإلا لا^(٣)،
أى بيع الوصى تركه الوصى قبل قبوله الوصية الوصى ولم يرد فى حياة الوصى إليه
وبيعه^(٤) تركته كقبوله، وإن^(٥) مات، فقال: لا أقبل، ثم قبل

(١) قوله: "باب" لما فرغ من بيان الوصى له، شرع فى بيان أحكام الوصى إليه، وهو الوصى لما أن أحكام الوصايا تشمله، لكن قدم أحكام الوصى له لكثرتها، وكثرة وقوعها، فكانت الحاجة إلى معرفتها أسس، يقال: أوصى إلى فلان، أى أوصى إليه التصرف فى ماله بعد موته، والاسم من الوصايا - بالكسر والفتح - والمفوض إليه الوصى . . . اهـ.
ولا ينبغى الوصى أن يقبلها؛ لأنها على خطره عن أبى يوسف: الدخول فيها أول مرة غلط، والثانية خيانة، والثالثة سرقة، وعن الحسن: لا يقدر الوصى أن يعدل ولو كان عمر بن الخطاب، وقال أبو مطيع: ما رأيت فى مدة قضائى عشرين سنة يعدل فى مال ابن أخيه. (الطحطاوى)

(٢) قوله: "يرتد" لأنه ليس للموصى ولاية إلزامه التصرف، ولا غرور فيه؛ لأنه يمكنه أن ينسب غيره. (الكشف)

(٣) قوله: "وإلا لا" أى إن لم يرد عنه بل ردها فى غير وجه لا يرتد؛ لأنه غير الوصى؛ لأنه راح لسبيل معتمداً عليه، ولو لم يرد حتى مات الوصى، فهو بالخيار، إن شاء قبل، وإن شاء رد؛ لأن الوصى ليس له ولاية الإلزام، فبقى مخيراً. (الزيلعى والكشف)

(٤) قوله: "وبيعه" الوصى التركة قبل قبول الوصية كقبوله نصاً؛ لأنه دلالة الإلزام، فصار قبولا، وهو معتبر بعد الموت، وينفذ البيع لصدوره من الوصى، سواء علم بالإيصاء أو لم يعلم، بخلاف الوكيل حيث لا يكون البيع من غير علم قبولا؛ لأن التوكيل إناية لثبوته فى حال قيام ولاية الموكل، فلا يصح من غير علم، كإثبات الملك بالبيع والشرأ، فلا بد من العلم، أما الإيصاء فخلافه؛ لأنه مختص بحال انقطاع ولاية الميت، فلا يتوقف على العلم. (الزيلعى بحذف)

(٥) قوله: "وإن" أى الوصى إليه إن لم يقبل حتى مات الوصى، فقال: لا أقبل، ثم قال: أقبل، فله ذلك إن لم يكن القاضى أخرجه من الوصية حين قال: لا أقبل؛ لأن مجرد قوله: لا أقبل لا يبطل الإيصاء؛ لأن فيه مضرة بالميت، وضرر الوصى فى الإبقاء مجبور بالشواب، وفع الضرر الأول هو أعلى أولى؛ لأن القاضى إذا أخرجه عن الوصية يصح ذلك أنه مجتهد فيه، فكان له إخراج بعد قوله: لا أقبل، كما أن له إخراج بعد قبوله، ولو قال: أقبل بعد ما أخرجه القاضى، لا يلتفت إليه؛ لأنه قبل بعد ما بطلت الوصية بإخراج القاضى إياه. (الزيلعى بحذف)

قبوله أى حين قول: من الوصية أى وإذا أوصى إلى... إلخ غير
 صح، إن لم يخرج قاضى مذ قال: لا أقبل، وإلى عبد^(١)
 وصى القاضى أى ولو أوصى إلى... إلخ حاله الإيصاء
 وكافر، وفاسق بدل بغيرهم، وإلى عبد^(٢) وورثته صغار صح،
 أى لا يجوز حقيقة لا بمجرد إخباره القاضى
 وإلا لا، ومن^(٣) عجز عن القيام بها ضم غيره إليه، وبطل^(٤)

(١) قوله: "وإلى عبد" أى ومن أوصى إلى عبد، أو كافر، أو فاسق بدله القاضى بغيره، فإن هذه الوصية باطلة على ما ذكره عبارة القدورى، أخرجهم القاضى عن الوصية، وهذا يدل على أن الوصية صحيحة؛ لأن الإخراج إنما يكون بعد الدخول. (شرح النقاية)

(٢) قوله: "وإلى عبد" أى ومن جعل عبده وصياً صح إن كان ورثته صغاراً كلهم، وهذا عند أبى حنيفة استحساناً، وقالوا: لا يصح، وهو القياس، له أن الرق ينافى الولاية. ولأبى حنيفة أن لعبده من الشفقة ما لا يكون لغيره، وإن لم يكن كلهم صغاراً، سواء كان كلهم كباراً أو بعضهم لا يصح الإيصاء؛ لأن للكبير أن يمنعه من أن يمنعه نصيبه حتى لأن يبيع نصيبه من العبد، فيعجز عن الوفاء بما التزم من الوصايا، فلا يفيد الإيصاء إليه فائدة. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "ومن" أى إذا صار الوصى عاجزاً عن القيام بحقوق الوصاية ضم إليه غيره؛ لأن فى الضم رعاية لحقين، حق الموصى، وحق الورثة؛ لأن تكميل النظر يحصل به؛ لأن النظر يتم بإعانة غيره، ولو شكك الوصى إليه ذلك، فلا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة؛ لأن الشاكى قد يكون تحقيقاً كاذباً على نفسه، ولو ظهر للقاضى عجزه أصلاً، استبدل به غيره رعاية للنظر من الجانبين. (الزبلى مع زيادة)

(٤) قوله: "وبطل [ولو كان إيصاء بكل منهما على الانفراد فى الأصح]" وهذا لأن الولاية تثبت بالتفويض، فإعاعى وصفه، وهو الاجتماع، إذ هو شرط مفيد، وما رضى الموصى إلا بالثنى، وليس الواحد كالثنى، والمراد ببطالان فعل أحدهما بطلان انفراد أحدهما بالتصرفات التى فصلها الشيخ فى التركة.

أما فى غير التجهير وشراء الكفن فلأن فى التأخير فساد الميت، ولهذا يملكه الجيران أيضاً فى الخضرة والرفقة فى السفر، وأما حاجة الصغار فلأنه يخاف هلاكهم من الجوع والعري، وانفراد أحدهما بذلك إحياء للصغار، ولهذا يملكه كل من هو فى يده.

وأما الاتهاب لهم، فلأن فى التأخير خوف الفوت، وأما رد وديعة عين وقضاء دين فلأنه ليس من باب الولاية، وإنما هو من باب الإعانة، ألا ترى أن صاحب الحق يملكه إذ ظفر به، بخلاف اقتضاء دين الميت؛ لأنه رضى بأمانتهما جميعاً فى القبض، وأما تنفيذ وصية معينة وعق عبد معين، فلأنه لا يحتاج فيه إلى رأى، وأما الخصومة فى حقوق الميت؛ لأن الاجتماع فيه متعذر، ولهذا ينفرد بها أحد الوكيلين أيضاً. (عز)

إلا إذا أجاز صاحب

فعل أحد الوصيين في غير التجهيز شراء الكفن وحاجة

أى قبول الهبة لهم

الصغار والانتهاج لهم، وردّ ودیعة عين وقضاء دين،

وتنفيذ وصیة معينة، وعتق عبد^(١) عين والخصومة في حقوق

مبتدأ، سواء أوصى إليه فى ماله، أو فى مال موصيه خير

الميت، ووصى^(٢) الوصى، ووصى التركتين، وتصح^(٣) قسمة

(١) ومن أخواتها بيع ما يخشى عليه التوى من المال وجميع الأموال الضائعة.

(٢) قوله: "وصى" أى إذا مات الوصى وأوصى إلى غيره، فهو وصى فى تركته وتركه الميت الأول، وقال الشافعى رحمه الله تعالى: لا يكون وصيا فى تركه الميت الأول؛ لأن الميت فوض إليه التصرف، ولم يفوض إليه الإيضاء إلى غيره، فلا يملكه.

ولنا أن الوصى يتصرف بولاية منتقلة إليه، فيملك الإيضاء إلى غيره، كالجار فى الإنكاح، فإن الأب ولاية الإنكاح بنفسه، وبإقامة غيره مقام نفسه، ولما انتقلت الولاية للجد، فللجد ولاية الإنكاح بنفسه، وبإقامة غيره مقام نفسه، فكذا الموصى كان له التصرف فى ماله بنفسه وإقامة... إلخ، ولما انتقلت الولاية إلى الوصى، كان له التصرف فى ماله. (الكشف وحاشيته)

(٣) قوله: "وتصح" أى قسمة الوصى مع الموصى له عن الورثة جائزة، وعكسه لا يجوز، وهو ما إذا قاسم الوصى الورثة عن الموصى له؛ لأن الوارث خليفة الميت، حتى يرد بالعيب، ويرد عليه ويصير مغروراً بشراء الموروث، والوصى أيضاً خليفة الميت، فيكون خصماً عن الوارث إذا كان غائباً، فنفذت قسمته عليه، حتى لو حضر الغائب، وقد هلك ما فى يد الوصى، ليس له أن يشارك الموصى له.

أما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه؛ لأنه ملكه بسبب جديد، ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه به، ولا يصير مغروراً بشراء الموصى، فلا يكون خصماً عنه عند غيبته، حتى لو هلك ما أفرز له عند الوصى، كان له ثلث ما بقى؛ لأن القسمة لم تنفذ عليه، غير أن الوصى لا يضمن؛ لأنه أمين فيه، وله ولاية الحفظ فى التركة، كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة، فيكون له ثلث الباقي؛ لأن الموصى له شريك الوارث، فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة، ويبقى ما بقى على الشركة.

ولا فرق فى ذلك بين أن تكون الورثة كباراً أو صغاراً؛ لأن له ولاية البيع فى مال الصغار، والقسمة فى معنى البيع، وله ولاية الحفظ فى مال الكبار، فجاز له بيعه للحفظ إلا العقار، فإنه محفوظ بنفسه، فلا يجوز له بيعه، وهذا فى معنى البيع فلا يضمن. (الزيلعى)

أى نائباً عنهم
عن الورثة مع الموصى له، ولو عكس لا، فلو^(١) قاسم
ذلك فى يده داخل ما لا الموصى له

الورثة وأخذ نصيب الموصى له، فضا ع رجع
من التركة لو قائماً فى يد الورثة
أى بأن يحج عنه الوصى للحج
بثلث ما بقى، وإن^(٢) أوصى الميت بحجة، فقاسم الورثة،
أى ما فى يد الوصى الوصى المال
أى عن الميت بأن هلك أو سرق
فهلك ما فى يده، أو دفع إلى من يحج عنه، فضا ع فى يده،
من التركة
حج عن الميت بثلث ما بقى.

وصحّ قسمة القاضى^(٣) وأخذه حظّ الموصى له إن غاب،
أى بغير محضر من الغرماء
وبيع^(٤) الوصى عبداً من التركة بغيبة الغرماء، وضمن^(٥)

(١) قوله: "فلو" أى لو قاسم الوصى الورثة، فأخذ نصيبه الموصى له، فضا ع ذلك فى يده، رجع الموصى له بثلث ما بقى، لما بينا أن الموصى له شريك الورثة، فيرجع الموصى له على ما فى أيدي الورثة إن كان باقياً، فيأخذ ثلثه لعدم صحة القسمة فى حقه، وإن هلك فى أيديهم فله أن يضمّنهم قدر ثلث ما قبضوا، وإن شاء ضمن الوصى ذلك القدر؛ لأنه متعدّ فيه بالدفع إليهم، والورثة بالقبض، فيضمن أيهما شاء. (الزيلعى)

(٢) قوله: "وإن" أى إذا أوصى بأن يحج عنه، فقاسم الوصى الورثة، فهلك ما فى يد الوصى، يحج عن الميت بثلث ما بقى، وكذلك إن دفعه إلى رجل ليحج عنه، فضا ع ما دفع إليه، يحج عنه بثلث الباقي، وهذا عن أبى حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف رحمه الله: إن المفرد مستغرقاً للثلث، بطلت الوصية، ولم يحج عنه، وإن لم يكن مستغرقاً للثلث يحج عنه بما بقى من الثلث إلى تمام ثلث الجميع، وقال محمد رحمه الله: لا يحج عنه بشيء. (الزيلعى)

(٣) حتى لو هلك عند القاضى، أو أمينه، فلا شىء له؛ لأن نصب القاضى للنظر فى حق الموتى والغيب.

(٤) قوله: "وبيع" أى لو باع الوصى من التركة عبداً مع غيبة الغرماء جاز؛ لأن الوصى قائم مقام الموصى، ولو تولاّه الموصى بنفسه حال حياة، جاز بيعه، وإن كان مريضاً مرض الموت بغير محضر الغرماء، فكذا الوصى؛ لأنه قائم مقام وذلك لأن حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة، والبيع لا يبطل المالية لفواتها إلى خلف، وهو الثمن، بخلاف العبد المأذون له فى التجارة، حيث لا يجوز للمولى بيعه؛ لأن للغرماء حق الاستسعاء، بخلاف ما نحن فيه.

الثلث

الموصي، الجملة نعت لقوله: عبداً

على المساكين.

الوصي إن باع عبداً أوصى ببيعه، وتصديق ثمنه إن

الظاهر أن المراد بالهلاك ما يعم التصديق

على المساكين

استحق العبد بعد هلاك ثمنه عنده، ويرجع^(١) في

الوصي

أى ويرجع الوصي فى... إلخ

تركة الميت، وفى مال^(٢) الطفل إن باع عبده، واستحقوهلك الثمن فى يده، وهو على الورثة فى حصته، وصح^(٣)

أى قبول الحوالة

أى بيع الوصي

احتياله بماله لو خيراً له، وبيعه^(٤) وشراؤه بما يتغابن^(٥) وبيعه

(المجمع)

(٥) قوله: "وضمن" معناه إذا الموصى يبيع عبده، والتصدق بثمنه على المساكين، فباع الموصى، وقبض الثمن، فضاع الثمن فى يده، وهو المراد بالهلاك المذكور فى "المختصر"، ثم استحق العبد بعد ذلك، ضمن الوصى الثمن للمشتري؛ لأنه هو العاقد، فتكون العهدة عليه، وهذه عهدة؛ لأن المشتري منه لم يرض ببدل الثمن إلا ليسلم له المبيع، ولم يسلم، فقد أخذ البائع وهو الوصى المال الغير بغير رضاه، فيجب عليه رده. (الزيلعى)

(١) أى فى جميع تركة؛ لأن عامل له، وعند محمد يرجع فى ثلث التركة.

(٢) قوله: "فى مال" أى إذا باع الوصى مال الصغير، وقبض الثمن، فهلك فى يده، واستحق مال المبيع رجوع فى مال الصغير؛ لأنه حائل له، والوصى يرجع على الورثة يحصته، لانقضاء القسمة باستحقاق ما أصابه. (الزيلعى بتصرف)

(٣) قوله: "صح" أى إذا كان للطفل دين على زيد مثلاً، فأحال زيد عمرًا، فيجوز للوصى أن يقبل الحوالة بمال الطفل لو كان قبول الحوالة خيرًا به، بأن كان المحتال عليه أهلاً؛ لأن الولاية نظرية، وإن كان المحيل أهلاً لا يجوز؛ لأنه تضييع مال اليتيم بتأخير الأداء، والتأخير إتلاف من وجه (عز)

(٤) قوله: "وبيعه" أى ولا يبيع وصى مال الصغير من أجنبى إلا يشتري له منه إلا بما يتغابن الناس فى مثله، وهو ما فيه غبن يسير لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾، وأما لو اشترى شيئاً من مال اليتيم لنفسه، أو باع شيئاً من ماله لليتيم جاز عند أبى حنيفة، وفى إحدى الروايتين عن أبى يوسف إذا كان لليتيم فيه منفعة ظاهرة، بأن يبيع من الصغير ما يساوى خمسة عشر بعشرة، أو يشتري نفسه من الصغير ما يساوى عشرة بخمسة عشر.

وعلى قول محمد، وهو أظهر الروايتين عن أبى يوسف: لا يجوز على كل حال، وبه قال مالك والشافعى، إذ الواحد لا يتولى طرفى البيع لامتناع كونه مطالباً ومطالباً، وهى فى وصى الأب؛ لأن وصى القاضى لا يجوز بيعه لمال الصغير من نفسه بكل حال اتفاقاً، ويجوز للأب بمثل

الغائب

لأن المفوض إليه الحفظ دون التجارة

على الكبير في غير العقار^(١)، ولا يتجر^(٢) في ماله، ووصى
الأب أحق بمال الطفل من الجد^(٣)، فإن^(٤) لم يوص الأب، فالجد
كالأب.

القيمة .

ولنا أن الأب لكمال ولايته، ووفور شففته وحاجة الصغير جعل كشخصين، فيتولى
الطرفين، وقال المتأخرون: لا يجوز للوصي بيع عقار الصغير إلا أن يكون على الميت دين، أو
يرغب المشتري فيه بضعف الثمن، أو يكون للصغير حاجة إلى الثمن، قال الصدر الشهيد: وبه
يفتى . (شرح النقاية)

(٥) لأن الغبن اليسير لا يمكن التحرز عنه وفي اعتباره انسداد ما به .

(١) قوله: "وفي غير العقار" أي بيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء إلا
في العقار؛ لأن الأب يلي ما سوى العقار، ولا يليه، فكذا وصيه؛ لأنه يقوم مقامه، وكان القياس
أن لا يملك الوصي غير العقار أيضاً، ولا الأب، كما لا يملكه على الكبير الحاضر إلا أنه لما كان فيه
حفظ ماله جاز استحساناً فيما يتسارع إليه الفساد؛ لأن حفظ ثمنه أيسر، وهو يملك الحفظ، فكذا
وصيته، وأما العقار فمحفوظ بنفسه، فلا حاجة فيه إلى البيع . (الزيلعي)

(٢) قوله: "ولا يتجر" أي الوصي لا يتجر في مال اليتيم، أي لنفسه، أما إذا اتجر للصغير
قال قاضي خان: يتجر بمال اليتيم لليتيم، وفي "الدر المختار": ولا يتجر الوصي في ماله، أي
اليتيم لنفسه، فإن فعل تصدق بالربح، وجاز لو اتجر من مال اليتيم لليتيم (عز)

(٣) قوله: "من الجد" وقال الشافعي: الجد أحق من وصي الأب، ولنا أن بالوصاية
انتقلت ولاية الأب إليه، فكانت ولاية قائمة معنى، فيقدم عليه كالأب نفسه، وهذا لأن اختياره
الوصي مع علمه بقيام الجد يدل على أن تصرفه نظر لبينه من تصرف أبيه . (الكشف)

(٤) قوله: "فإن" أي إن لم يوص الأب إلى أحد، فالجار أحق؛ لأنه أشفق من الغير لقيامه
مقام الأب في الإرث، حتى يملك الإنكاح دون الوصي، أما وصي الأب فإنه مقدم عليه، كما سبق
بينه . (المجمع)

أى فى شهادة الأوصياء

فصل^(١) فى الشهادة

شهد الوصين بأن الميت أوصى إلى زيد معهما لغت^(٢) ^{شهادتهما}
 إلا^(٣) أن يدعى زيد، وكذا^(٤) الابنان، وكذا^(٥) لو شهدا لوارث ^{أنه وصى معهما}
 صغير بمال أو لكبير^(٦) بمال الميت، ولو شهد رجلان لرجلين ^{لا تقبل شهادتهما أيضاً} ^{فشهادتهما باطلة.}

(١) لما لم تكن الشهادة فى الوصية أمراً مختصاً بالوصية، أخر ذكرها لعدم عرافتها فيه .

(٢) قوله : " لغت " لأنهما يجران نفعاً لأنفسهما بإثبات المعين لهما، فبطلت التهمة، فإذا بطلت ضم القاضى إليهما ثالثاً، لأن فى ضمن شهادتهما إقراراً منها بأن الموصى ضم إليهما ثالثاً، وإقرارهما حجة عليهما، فلا يتمكنان من التصرف بعد ذلك بدونه، فصار فى حقهما بمنزلة ما لو مات أحد الأوصياء الثلاث، فللقاضى أن يضم ثالثاً، فكذا هنا . (المجمع)

(٣) قوله : " إلا " أى يدعى زيد أنه وصى معهما، فحينئذٍ تقبل شهادتهما، وهذا استحسان، والقياس أن لا تقبل كالأول، وجه الاستحسان أن للقاضى ولاية نصيب الوصى ابتداء فيما إذا مات ولم يترك وصياً، وله ولاية ضم آخر إليهما، فكان هذا مثله فى ضم مدعى الوصاية . (المجمع)

(٤) قوله : " وكذا " أى إذا شهد الابنان أن أباهما أوصى إلى رجل، وهو ينكر لا يتقبل شهادتهما؛ لأنهما يجران نفعاً إلى أنفسهما بنصب حافظ للتركة، فكانا متهمين، فلا تقبل شهادتهما لقول شريح رضى الله عنه لا أقبل شهادة خصم، ولا مريب أى متهم، وإذا ادعى الشهود له الوصاية يقبل استحساناً على أنه نصب وصى ابتداء على ما ذكرنا فى شهادة الوصيين بذلك، بخلاف ما إذا شهدا أن أباهما، وكل هذا الرجل بالقبض ديونه بالكوفة حيث لا تقبل سواء، ادعى الرجل الوكالة، أو لم يدع؛ لأن القاضى لا يملك نصب الوكيل عن الحى بطلبهما ذلك، بخلاف الوصية . (الزيلعى)

(٥) قوله : " وكذا " أى لو شهد الوصيان لوارث صغير بمال، فشهادتهما باطل، فلائهما يثبتان ولاية التصرف لأنفسهما فى ذلك المال، فصار متهمين، أو خصمين . (الزيلعى)

(٦) قوله : " أو لكبير " أى لو شهد الوصيان لوارث كبير بمال الميت، لا تقبل شهادتهما أيضاً؛ لأنهما يثبتان ولاية الحفظ، وولاية بيع المنقول لأنفسهما عند غيبة الوارث، بخلاف شهادتهما للكبير فى غير التركة لانقطاع ولايتهما عنه؛ لأن الميت أقامهما مقام نفسه فى تركته، لا فى غيرها .

بخلاف ما إذا كان الوارث صغيراً، أو الموصى ما حيث لا تقبل شهادتهما فى الكل؛ لأن

درهم وهما المشهود لهما^(١) وهما الشاهدان الأولان^(٢)
 على ميت بدين^(٣) ألف، وشهد الآخران للأولين بمثله^(٤)
 تقبل^(٥)، وإن كانت شهادة كل فريق بوصية^(٦) ألف لا^(٧).
 أى لا تقبل هذه الشهادة

الوصى الأب التصرف فى مال الصغير جميعه ، فيكونان متهمين ، فلهذا لم يقيد به المال الموروث منه فى حق الصغير ، وقيد به فى الكبير ، وهذا عند أبى حنيفة .
 وقالوا : إذا شهد وارث كبير يجوز فى الوجهين ، أى فيما تركه الموصى وغيره ؛ لأن ولاية التصرف لا تثبت فى مال الميت إذا كانت الورثة كباراً ، فعريت عن التهمة ، بخلاف ما إذا كان صغيراً على ما بينا ، والحجة عليهما ما بيناه . (الزيلعى)

(١) يجوز أن يكون ألف مضاف إليه ، وأن يكون بدل من دين إذا قرئ منكر ، أو على وجه الإضافة ، فهى بيانية . (المجمع)

(٢) أى يمثل ما شهد الأولان بألف دين على الميت .

(٣) قوله : " تقبل " خلافاً لأبى يوسف ؛ لأنها لا تصح شهادة واحد منهما عنده للتهمة تكون الشهادة من كل منهما مثبتة حق الشركة فى ذلك المال الذى أثبتاه على الميت .
 ولهما أن الدين يجب فى الذمة ، وهى قابلة لحقوق شتى ، فلا شركة ، ولهذا لو تبرع أجنبى بقضاء دين أحدهما لا يشاركه الآخر ، وروى الحسن عن الإمام أنهم إذا جاؤوا معاً ، وشهدوا بالشهادة باطلة ، وأما إذا شهد اثنان لاثنين ، فقبلت شهادتهما ، ثم بعد ذلك ادعى فإن الشاهدان ديناً آخر على الميت ، فشهد لهم الغريمان الأولان تقبل ، ووجه هذه الرواية أنهما إذا جاؤوا معاً كان شهادة كل فريق معاً وصية للفريق الآخر ، فتحققت التهمة ، بخلاف ما إذا كانت دعوى الفريق الآخر فى وقت آخر ، فإنه حيث ثبت الحق للفريق الأول بلا تهمة ، والثانى لا يزاحمه ، فصار كالأول فى انتفاء التهمة . (المجمع)

(٤) بأن شهد اثنان أنه أوصى لرجلين بألف وشهد المشهود لهما أن أوصى للشاهدين بألف أيضاً .

(٥) قوله : " لا " لأنها تتعلق بالشركة ابتداء من غير تعلق بالذمة ، فنبتت الشركة فى التركة ابتداء ، بخلاف الدين ؛ لأنه يتعلق بالذمة ابتداء ، وبالتركة بعد الموت فافتقرا . (الكشف)

لما ذكر من غلب وجوده ذكر نادر الوجود

كتاب الخنثى^(١)

أى فهو غلام

أى فرج المرأة

هو مَنْ له ذكر وفرج، فإن بال من الذكر فغلام، وإن بال

من الفرج فأنثى^(٢)، وإن بال منهما فالحكم للأسبق^(٣)، وإن

أى فهو الخنثى المشكل لعدم المرجح

أى بكثرة البول من أحدهما

استويا^(٤) فمشكل، ولا عبرة بالكثرة^(٥)، فإن بلغ وخرجت له

(١) قوله: "الخنثى" هو على وزن فعلى - بالضم - من الخنث، وهو اللين والتكسر، ومنه المخنث وتخنث فى كلامه، وسمى خنثى؛ لأنه يتكسر وينقص حاله عن حال الرجل، وجمعه خنثاى. (التكملة)

(٢) قوله: "فأنثى" لأن النبى ﷺ سئل عن ذلك كيف يورث، فقال عليه الصلاة والسلام: من حيث يقول، رواه ابن عدى فى "الكامل"، وعن على رضى الله عنه مثله رواه عبد الرزاق فى الفرائض من "مصنفه"، ولأن البول من أى عضو كان دليل على أنه العضو الأصلى، والآخر الغيب، وروى أن قاضياً من العرب فى الجاهلية رفع إليه هذه الواقعة، فجعل يقول: هو رجل وامرأة، فاستبعد قومه ذلك، فتحير ودخل بيته، فجعل يتقلب على فراشه، ولا يأخذ النوم لتحير وكانت بيته تغمر رجليه، فسألته عن تفكره فأخبر بذلك، فقالت: دع المحال، وتبع الحكم بالميال، فيخرج إلى قومه، فحكى لهم ذلك، فاستحذوه فعرف بذلك أن هذا الحكم كان فى الجاهلية، فأقره الشرع. (الكشف والزيلعى)

(٣) قوله: "لأسبق" لأنه حين وجد الأول لم يكن له معارض، فأخذ من المبال قبل أن يأخذ الآخر، وذلك الاسم، والثانى يعارضه الأول حين وجده، فيترجح السابق، الظاهر أن العبرة للسبق فى بول يكون بعد الولادة، لا فى كل مرة، فلو بال من أحدهما بعد الولادة أو لا يحكم على حسب ذلك، ثم إن بال مرة ثانية من الآخر أولاً لا يحكم على حسبه، وإلا لزم إمكان حكم مضاد للأول فى يوم كم مرات. (الكشف وحاشيته)

(٤) بأن لم يسبق أحدهما الآخر، سواء كان الخروج من أحدهما أكثر من الآخر.

(٥) قوله: "بالكثرة" وقالوا: يعتبر لأن كثرة البول من أحدهما علامة قوة ذلك العضو، وكونه أصلياً؛ ولأن للأكثر حكم الكل فى أصول الشرع، فيترجح ذلك العضو بكثرة البول منه. ولأبى حنيفة أن كثرة ما يخرج لا يدل على القوة؛ لأن ذلك قد يكون لاتساع فى أحدهما، وضيق فى آخر، ولو كان الخروج منهما على السواء، فهو مشعل بالاتفاق. (شرح النقاية)

أى فهو رجل لأن هذه من علامات الذكور ^{كثدى النساء}
 لحية، أو وصل إلى النساء فرجل، وإن ظهر له ثدى أو لبن، أو
 حاض، أو حبلى، أو أمكن وطئه فامرأة^(١)، وإن لم تظهر
 أى فهو خنثى مشكل لعدم ما وجب الترجيح
 علامة، أو تعارضت^(٢)، فمشكل^(٣)، فيقف^(٤) بين صف الرجال
 أى تشتري ^{أى تشتري من بيت المال}
 والنساء، وتبتاع^(٥) له أمة لتختنه، فإن لم يكن له مال، فمن^(٦)
 أى للخنثى المشكل ^{أى تشتري}
 بيت المال، ثم تباع، وله^(٧) أقل^(٨) النصيبين، فلو مات أبوه،

(١) أى فهى امرأة لأن هذه من علامات النساء .

(٢) العلامات مثل ما إذا حاض وخرجت له لحية أو يأتى ويؤتى .

(٣) قوله : "فمشكل" والأصل فى أحكام الخنثى مشكل الأخذ بالأحوط، والأوفق فى أمر الدين، وأن لا يحكم بثبوت الشيء دفع الشك فى ثبوته . (الكشف)

(٤) قوله : "فيقف" لأنه يحتمل أن يكون ذكراً، ويحتمل أن يكون أنثى، فإن كان ذكراً تفسد صلاته بالوقوف فى صف النساء تبطل صلاة من يحاذيه إن كان أنثى، فلا يتخلل الرجال ولا النساء، وإن وقف فى وصف النساء، فإن كان بالغاً يعيد صلاته حتماً، وإن كان مراهقاً يستحب له أن يعيد . (الزيلعى)

(٥) قوله : "وتبتاع" يعنى بماله لأنه يجوز لمملوكه النظر إليه مطلقاً إن كان ذكراً، وللضرورة إن كان أنثى، ويكره أن يخته رجل؛ لاحتمال أنه ذكر أو امرأة لاحتمال أنه أنثى، فكان الاحتياط فيما ذكرنا؛ لأنه لا يحرم على تقدير أن يكون ذكراً، وعلى تقدير أن يكون أنثى؛ لأن نظر الجنس إلى الجنس أخف . (التكملة)

(٦) قوله : "فمن" لأن بيت المال أعد لنوائب المسلمين، فتدخل فى ملكه بقدر الحاجة، وهى حاجة الختان، فإذا أخته تباع، ويرد ثمنها إلى بيت المال .

ولو زوج امرأة فخته، ثم طلقها جاز؛ لأنه إن كان ذكراً صح النكاح، وإن كان أنثى، فنظر الجنس إلى الجنس أخف، ثم يفرق بينهما لاحتمال أنه أنثى، فلا نكاح بينهما، وتطلق لاحتمال أنه ذكر، فيصح النكاح بينهما، فتحصل الفرقة، ثم تعتدان خلافاً احتياطاً .

ويكره ليس الحرير والحلى، وأن يكشف قدام الرجال، أو قدام الرجال، أو قدام النساء، وأن يخلو به غير محرم من رجل وامرأة، وأن يسافر من غير محرم، أو مع امرأة من محارم؛ لاحتمال أنه امرأة، فيكون سفر امرأتين بلا محرم، كل ذلك احتراز عن ارتكاب المحرم . (الزيلعى)

(٧) قوله : "وله" أى لو مات مورثه، كان له الأقل من نصيب الذكر ومن نصيب الأنثى،

وهو نصيب البنت؛ لأن الأقل وهو متيقن به فيتحقته

أى أبو الخنثى

وترك ابناً له سهمان، وللخنثى سهم^(١).

مسائل شتى^(٢)

خبر أى كالنطق باللسان

مبتدأ أى إشارته

إيماء الآخرس وكتابته كالبيان^(٣)، بخلاف^(٤) معتقل^(٥)

فإنه ينظر نصيبه على أنه ذكر، وعلى أنه أنثى، فيعطى الأقل منهما، وإن كان محروماً على أحد التقديرين، فلا شىء له.

مثاله: أخوان لأب وأم، أحدهما خنثى مشكل، كان بينهما أثلاثاً، للأخ الثلاثان، وللخنثى الثلث، فيقدر أنثى؛ لأنه أقل، وقدر ذكراً كان له النصف، ولو تركت امرأة وزوجاً وأمّاً وأختاً لأب وأم هى خنثى، كان للزوج النصف، وللأم الثلث، وللخنثى ما بقى، وهو السدس على أنه عصبه؛ لأنه أقل، ولو قدر أنثى كان له النصف، وكانت المسألة تعول إلى ثمانية.

ولو تركت زوجاً وأمّاً وأخوين من أم وأخاً لأب وأم هو خنثى، كان للزوج النصف، وللأم السدس، وللأخوين لأم الثلث؛ ولا شىء للخنثى؛ لأنه عصبه، ولم يفضل له شىء، ولو أنثى كان له النصف، وعالت المسألة إلى تسعة، ولو ترك الرجل وله أخ هو خنثى، وعماً لأب وأم، أو لأب، كان المال للعم، ويقدر الخنثى أنثى؛ لأن بنت الأخ لا ترث، ولو قدر ذكراً كان المال له دون العم؛ لأن ابن الأخ مقدم على العم. (الزيلعى)

(٨) أى الأقل من نصيب الذكر ومن نصيب الأنثى.

(١) قوله: "سهم" هذا قول أبى حنيفة، وقالوا: للخنثى نصف نصيب الذكر، ونصف نصيب الأنثى، ولو كان نصيب الذكر أقل، فله نصيب الذكر، كأن خلفت وزوجاً وأمّاً وخنثى هو أخ لأب وأم. (الكشف)

(٢) جمع شتيت بمعنى متفرقة، وهو من دأب المصنفين لتدارك ما لا يذكر في محله أن يتحقق ذكر فيه.

(٣) قوله: "كالبيان" لأن الكتابة ممن رأى بمنزلة الخطاب ممن دنا، ألا ترى أن النبى ﷺ كما أدى ما وجب عليه تبليغه بالعبارة، أدى أيضاً بالإشارة، كقوله: الشهر هكذا وهكذا، أو أدى بالكتابة، ككتابته لهرقل وغيره.

ثم الكتابة منقسمة إلى ثلاثة أقسام: منها: مستبين مرسوم، وهو أن يكتب من فلان إلى فلان أن الأمر كذا وكذا من به الطلاق والعتاق ونحوهما، فهذا كالنطق، ومنها: مستبين غير مرسوم، كالكتابة على الجدار أو أوراق الأشجار، وعلى الكاغذ، لا على وجه رسم الديار، فهذا ليس له اعتبار إلا بانضمام شىء آخر إليه، كالبينة والإشهاد عليه، والإملاء على الغير، حتى يكتب لديه؛ لأن الكتابة قد تكون للتجربة، وبهذه الأشياء يتبين أنها ليست كذلك.

ومنها: غير مستبين كالكتابة على الهواء والماء، وهو بمنزلة كلام غير مسموع، فلا يثبت به

يتعلق بقوله: كالبیان

اللسان فى وصية ونكاح وطلاق وبيع وشراء
أى قود أى لا يكون إيماء الأخرس وكتابه كالبیان فى حد
وقود، لا^(١) فى حد.

أى جملة من الغنم مذبوحة وفيها ميتة

غنم مذبوحة وميتة، فإن كانت المذبوحة أكثر، تحرى
وأكل^(٢)، وإلا لا^(٣)، لف ثوب نجس^(٤) رطب^(٥) فى ثوب طاهر

شئ من الأحكام، ولو انضم إليه نيته، وإنما جعلت الإشارة حجة للأخرس للحاجة فى حق هذه
الأحكام؛ لأنها من حقوق العباد، وهى تثبت مع الشبه. (شرح النقاية)

(٤) قوله: "بخلاف" فإن إشارته غير معتبرة، ولا هى كبيان، صورته: أن يعتقل لسان
المريض، فقرئ عليه كتاب وصية، وقيل: لا تشهد عليك بما تضمنه هذا الكتاب، فقال برأسه
مشيراً إليهم: نعم، لم يعتبر، ولم تصح الشهادة عليه بذلك عندنا، وقال الشافعى: هى كالبیان،
لأنها قائمة مقام العبارة، كما فى حق الأخرس، وبه قال الشافعى وأحمد.

ولنا أن الإشارة لا تنبئ عن المراد إلا إذا طالت، وصارت معهودة، كالأخرس للحاجة إلى
تصحيح تصرفاته، وهذا ليس كذلك، فلا يجوز، وقدّر الامتداد التمرتاشى بالسنة، وروى عن
أبى حنيفة أن العقلة إذا دامت إلى وقت الموت، يجعل إقراره بالإشارة، ويجوز الإشهاد عليه،
قالوا: وعليه الفتوى. (العينى)

(٥) بضم القاف وهو الرى اعترض له احتباس لا حتى لا يقدر على الكلام والبيان أى
كالنطق باللسان.

(١) قوله: "لا" أى لا يجد إلا إذا أقر بما يوجب الحد، ولا قاذفه بطريق الإشارة أو
الكتابة، أما إن كان مقدوفاً فلأن الحدود تندرى بالشبهات، ولعله مصدق لقاذفه، فلا يحد قاذفه
للشبهة، ولعدم ثبوت علة الحد.

وأما إذا كان قاذفاً فلا يحد لانعدام القذف صريحاً بالزنا، وهو شرط فيه، والفرق بين الحد
والقود حيث يثبت القود بالكتابة والإشارة، بخلاف الحد؛ لأن القود حق العبد، وحق العبد لا
يختص بلفظ دون لفظ، وقد يثبت بدون اللفظ كالتعاطى، بخلاف الحد، فإنه لا يثبت ببيان فيه
شبهة. (شرح النقاية)

(٢) قوله: "أكل" لأن الغلة تنزل منزلة الضرورة فى إفادة الإباحة، ألا ترى أن أسواق
المسلمين لا تخلو عن المحرم من مسروق ومغصوب، ومع ذلك يباح تناول اعتماداً على الظاهر،
وهذا لأن القليل منه لا يمكن التحرز عنه، ولا يستطيع الامتناع منه، فسقط اعتباره دفعاً للحرَج،
كقليل النجاسة فى البدن أو الثوب، بخلاف ما إذا كانت الميتة أكثر، أو استويا؛ لأنه لا ضرورة إليه
لقلته، فيمكن الاحتراز. (الزيلعى)

يابس، فظهر رطوبته على ثوب طاهر، لكن لا ينعصر^(١) لو
عصر، لا ينجس^(٢) وهو الصحيح.

رأس شاة متلطخ بالدم أحرق^{بالنار} وزال عنه الدم، فاتخذ منه
مرقة جاز، والحرق كالغسل^(٣).

سلطان جعل الخراج لرب الأرض جاز، وإن جعل العشر
لا^(٤)، ولو^(٥) دفع الأراضي المملوكة إلى قوم ليعطوا الخراج
أى لا يجوز بالاتفاق السلطان
بالأجرة من أجرة المستحقة
(٣) أى وإن لم تكن المذبوحة أكثر، بل كانت الميتة أكثر أو كان نصفين.

(٤) تنجس بماء نجاسة عرضية فخرج ما لو تنجس بعين النجاسة كالبول.

(٥) قوله: "رطب" أى مبلل بماء ولم يظهر فى الثوب الطاهر أثر النجاسة، بخلاف
المبلول بنحو البول؛ لأن الندوة حينئذ عين النجاسة، وبخلاف ما إذا ظهر فى الثوب الطاهر أثر
النجاسات من لون، أو طعم، أو ريح، فإنه تنجس، كما حققه شارح "الميتة". (الكشف)
(١) هكذا فى النسخ الموجودة عندنا وفى جميع الشروع لا يسيل مكان قوله: لا ينعصر.

(٢) قوله: "ينجس" لأنه إذا لم يتقاطر منه بالعصر، لا ينفصل منه شيء، وإنما يبتل ما
يجاوره بالندوة، وبذلك لا ينجس به. (الزيلعى)

(٣) قوله: "كالغسل" لأن النار تأكل ما فيه من النجاسة، حتى لا يبقى فيه شيء أو
تحية، فيصير الدم رماداً، فيظهر بالاستحالة، ولهذا واحترقت العذرة وصارت رماداً طهرت
للاستحالة، كالخمر إذا تخللت، وكالخبز إذا وقع فى المملحة، وصار ملحاً، وعلى هذا قالوا:
إذا تنجس التنور يظهر بالنار حتى لا تنجس الخبز، وكذلك إذا تنجست ممسحة أخباز تطهر بالنار.
(الزيلعى)

(٤) قوله: "لا" وهذا عند أبى يوسف رحمه الله، وقال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله:
لا يجوز فيهما لأنهما فى الجماعة المسلمين، ولأبى يوسف: أن صاحب الخراج له حق فى الخراج،
فصح تركه عليه، وهو لأصله من الإمام، والعشر حق الفقراء على الخلوص كالزكاة، فلا يجوز
تركه عليه، وعلى قول أبى يوسف الفتوى. (التكملة)

(٥) قوله: "ولو" معناه أن أصحاب الخراج إذا عجزوا عن زراعة الأرض، وأداء
الخراج، دفع الإمام الأراضي إلى غيرهم بالأجرة، أى يؤجر الأراضي للقادرين على الزراعة،

جاز.

يعنى لم يعين عن يوم كذا
ولو نوى^(١) قضاء رمضان، ولم يعين اليوم صح،
أى ولو نوى عن وصلى المصلى
ولو عن رمضانين، كقضاء الصلاة وإن لم ينو أول
صلاة أو آخر صلاة عليه.

صائم
أى لو كان الغير صديقه وإن لم يكن صديقاً لا يكفر
ابتلع^(٢) براق غيره، كفر لو صديقه، وإلا لا، قتل بعض

ويأخذ الخراج من أجرها، فإن فضل شيء من أجرتها يدفعه إلى أصحابها وهم الملاك؛ لأنه لا وجه إلى إزالة ملكهم بغير رضاهم من غير ضرورة، ولا وجه إلى تعطيل حق المقاتلة، فتعين ما ذكرنا.
فإن لم يجد من سنار حرها باعها الإمام له، ويقدر على الزراعة؛ لأنه لو لم يبيعها يفوت حق المقاتلة في الخراج أصلاً، ولو باع يفوت حق المالك في العين، والفوات إلى خلف كلا فوات، فيبيع تحقيقاً للنظر من الجانبين، وليس له أن يملكها بغيرهم بغير عوض، ثم إذا باعها يأخذ الخراج الماضى من الثمن إن كان عليهم خراج، وردا الفضل إلى أصحابها. (الزليلى)

(١) قوله: "ولو نوى" معناه لو كان عليه قضاء صوم يوم أو أكثر من رمضان واحد، فقصاه ناوياً عنه، ولو لم يعين أنه عن يوم كذا جاز، وكذا لو صام ونوى عن يومين أو أكثر جاز عن يوم واحد، ولو نوى عن رمضانين أيضاً يجوز، وكذا قضاء الصلاة أيضاً يجوز.
وإن لم يعين الصلاة ويومها، ولم ينو أول صلاة عليه أو آخر صلاة عليه، وهذا قول بعض المشايخ، والأصح أنه يجوز في رمضان واحد، ولا يجوز في رمضانين ما لم يعين أنه صائم عن رمضان سنة كذا على ما تبين، وكذا في قضاء الصلاة لا يجوز ما لم يعين الصلاة ويومها، بأن يعين ظهر يوم كذا مثلاً.

ولو نوى أول ظهر عليه، أو آخر ظهر عليه جاز؛ لأن الصلاة تعينت بتعيينه، وكذا الوقت تعين بكونه أولاً أو آخراً، فإن نوى أول صلاة عليه، وصلى فما يليه يصير أولاً أيضاً، فيدخل في نيته أول ظهر عليه ثانياً، وكذا ثالثاً إلى ما لا يتناهى، وكذا الآخر، وهذا مخلص من لم يعرف الأوقات التي فاتته، أو اشتبهت عليه، أو زاد التسهيل على نفسه. (الزليلى)

(٢) قوله: "ابتلع" أى إذا ابتلع الصائم ريق غيره، فإن كان براق صديقه، يجب عليه الكفارة، وإن لم يكن صديقه يجب عليه القضاء دون الكفارة؛ لأن الريق تعافه النفس، وتستقدره إذا كان من غير صديقه، فصار كالعجين ونحوه مما تعافه الأنفس، وإن كان من صديقه لا تعافه فصار كالخيز والثريد ونحو ذلك مما تشبهه الأنفس. (ز)

الحاج عذر^(١) فى ترك الحج.

يعنى أنت هل صرت زوج لى المرأة صرتُ ما لم يقل: قبول كردم
توزن من شدى، فقالت: شدم، لم ينعقد^(٢) النكاح^(٣).
معناه بل جعلت نفسك لى زوجة المرأة أى جعلت الرجل
خويشتن را زن من گردانيدى، فقالت: گردانيدم، وقال:
يعنى قبلت
پذيرفتم، ينعقد^(٤).

دختر خويش به پسر من از رانى داشتى، فقال: داشتم،

لا ينعقد^(٥)، منعها^(٦) زوجها عن الدخول عليها وهو يسكن

(١) قوله: "عذر" لأن أمن الطريق شرط الوجوب أو شرط الأداء على ما بين فى موضعه، ولا يحصل ذلك مع قتل البعض فى طريق الحج، فكان معذوراً فى ترك الحج، فلا يأثم بتركه. (المجمع)
وفيه تفصيل، فطالع البحر والزيلعى إن شئت.

(٢) قوله: "لم ينعقد" لأن قولها: شدم إيجاب، فما لم يوجد القبول لا ينعقد، وقوله ابتداء: توزن من شدى، وأراد فيه على سبيل الاستفهام والمشاورة. (المجمع)
(٣) معناه بل جعلت بنتك لا ثقة لابنى.

(٤) النكاح بينهما؛ لأن قولها: گردانيدم إيجاب، قوله: پذيرفتم قبول.

(٥) قوله: "لا ينعقد" قال البدر العينى: لا ينعقد النكاح؛ لأنه ليس بمشتمل على الإيجاب والقبول، ولا يلزم من جعل ابنته لا ثقة لابنه حصول العقد بينهما. . . اهـ.
ولا يخفى أن هذا يفيد عدم العقد مطلقاً، سواء قال: قبول كردم أولاً، فإنه قائل بانتفاء الإيجاب أيضاً، فلو قال: قبول كردم، لا ينعقد النكاح لانتهاء أحد ركنى العقد، وقال فى "المجمع": لا ينعقد ما لم يقل قبول كردم، أهـ، وهو انعقاده بشرط القبول (محمد إعزاز عى غفر له)

(٦) قوله: "منعها" [كلام إضافى مبتدأ أى منع المرأة] أى ولو منعت المرأة زوجها من الدخول عليها، والحال أن الزوج يسكن معها فى بيت المرأة، كانت المرأة ناشرة؛ لأنها حبست نفسها منه بغير حق، فلا تجب الثقة لها ما دامت على منعه، فيتحقق النشوز منها، فصار كحبسها نفسها فى منزل غيرها، هذا إذا منعته ومرادها السكنى فى منزلها.

وإن كان المنع لينقلها إلى منزله، لا تكون ناشرة؛ لأن السكنى واجبة لها عليه، فكان حبسها نفسها منه بحق، فلا تسقط نفقتها؛ لأن التقصير جاء من جهته، فصار كما إذا حبست نفسها

يعنى هروب وإعراض عنه، وهو خير المبتدأ

أى مع المرأة

معها فى بيتها نشوز، ولو سكن فى بيت الغصب، فامتنعت منه لا^(١).

أى أم ولدك لأنه لا بد له من يخدمه فلا يمكن منعه من ذلك
 قالت: لا أسكن مع أمتك، وأريد بيتا على حدة، ليس لها
 أى أعطينى طلاقاً أى افرضى وقدرى أن الطارق قد أعطى، أو قد فعل
 ذلك، قالت: مرا طلاق ده، فقال: داده گیر، أو کرده گیر،
 أو کرده باد
 أو داده باد، او کرده باد، ينوى^(٢)، ولو قال: داده است^(٣)، أو
 کرده أست، يقع نوى أو لا، ولو قال: داده انگار، و کرده
 لأنه إخبار عن الوقوع مطلقاً أى حسبى أنه قد أعطى، أو فعل
 انگار^(٤)، لا يقع وإن نوى.
 هى لى تليق إلى القيامة، أو جميع عمرى

وى^(٥) مرا نشاید تا قیامت أو همه عمر، لا يقع إلا بالنية،
 أى افعلى حيلة النساء بوقوع الطلاق الثلاث
 حيله زن ان کن إقرار^(٦) بالثلاث، حيله^(٧) خویش کن لا،

لاستيفاء مهرها، بخلاف ما إذا حبست بسبب دين عليها، أو غصبها غاصب، وذهب بها؛ لأن الفوات ليس من قبله، وبخلاف ما إذا كانت ساكنة مع فى منزله، ولم تمكنه من الوطئ؛ لأنه يمكنه الوطء كرهاً غالباً، فلا يعدّ منعاً. (الزيلعى والمجمع بتصرف)

(١) أى لا تكون ناشزة لأنها محقة إذا السكنى فيه حرام.

(٢) قوله: "ينوى" بتشديد الواو، معناه أن الاعتبار للنية وعدمها، فإن نوى بهذه الألفاظ الطلاق، وقع الطلاق، وإن لم ينو لا يقع؛ لأنها من الكنايات عندهم، فلا بد من النية. (العينى)

(٣) قوله: داده است "بالتقاء الساكنين السين والشاء، ولا يتلفظ بالهاء والألف قبل السين، فرسم الهاء لتدل على أن ما قبلها متحرك بالفتحة معناه أعطى وفعل على لفظ الماضى الغائب، وأريد به فى مثل هذا التركيب معنى المتكلم. (الكشف)

(٤) وكان الفارق بينه وبين گیرد باد مجرد عرفه بأن ذنك الترفيان من الكنايات لا هذا.

(٥) أى ولو قال الزوج وى... إلخ.

(٦) قوله: "إقرار" لأن قصدهم بهذا اللفظ حفظ العدة كما ينبغي، وشغلها بحفظ العدة كما ينبغي إنما يكون بعد الثلاث. (الكشف)

كابين^(١) ترا بخشيدم مرا از جنگ باز داران طلقها سقط

المهر، وإلا لا، قال لعبده: يا مالكي، ولأمته: أنا

أى لا يقع العتق فى العبد، ولا فى الأمة

عبدك لا يعتق^(٢).

بر من^(٣) سوگند است که این کار نکنم إقرار باليمين

هذا الفعل لا أفعل

على يمين

بالله تعالى، وإن^(٤) قال: بر من سوگند است بطلاق، لزمه

ذلك، فإن قال: قلت ذلك كذبا لا يصدق، ولو^(٥) قال: مرا

(٧) قوله: "حيله" أى لو قال الزوج لزوجته: حيله خویش کن معناه: فافعلی حيلتك، فهذا ليس بإقرار بالثلاث؛ لأن هذا ليس بكناية عن الكناية عن الطلاق عندهم، بخلاف الصورة الأولى. (محمد إعزاز على)

(١) قوله: "كابين" أى لو قالت الزوجة زوجها: كابين... إلخ، معناه المهر لك وهبت إياى من نزاعك خلص، فإن طلقها الزوج سقط المهر؛ لأنه فى معنى الخلع على المهر، وإن لم يطلقها لا يسقط؛ لأنه ما أجاب إلى سؤالها. (محمد إعزاز على غفر له)

(٢) قول: "لا يعتق" لأنه ليس بصريح العتق ولا كناية له، فلا يكون فيه شيء مما يقتضى العتق، بخلاف قوله لعبده: يا مولاي؛ لأن حقيقته تنبئ عن ثبوت الولاء وذلك بالعتق فيعتق. (المجمع)

(٣) قوله: "بر من" أى لو قال شخص بر من... إلخ، معناه بالعربية: على اليمين أن لا أفعل هذا الفعل، فهذا إقرار باليمين به تعالى؛ لأنه أخبر عن يمينه على ترك هذا الفعل، فيكون إقراراً باليمين، فمتى فعل يحدث فى يمينه، وتلزمه الكفارة، وحملنا على اليمين به تعالى دون غيره حملاً على المشرقة (محمد إعزاز على)

(٤) قوله: "وإن" أى وإن قال شخص بر من... إلخ، معناه على اليمين بالطلاق، لزمه ذلك، يعنى يكون يميناً بالطلاق، حتى إذا فعله تطلق امرأته، فإن قال: قلت هذا القول كذبا لا يصدق؛ لأنه أخبر عن يمين منعقدة، وقوله بعد ذلك: قلت ذلك كذبا رجوع عنه، فلا يصدق. (العيني بتصرف)

(٥) قوله: "ولو" أى لو قال: مرا... إلخ، معناه أنا وألف بسمين البيت أن لا أفعل هذا الفعل، فهو إقرار باليمين بالطلاق؛ لأن اليمين مبنها على العرف، وفى العرف يكون البيت عن المرأة، يقال: بيتى قالت كذا يعنون به المرأة. (العيني بتصرف)

سوگند خانه ست که این کار نکنم، فهو إقرار باليمن بالطلاق، قال^(١) للبائع: بها بازده، فقال البائع: بازبدهم، يكون فسخاً للبيع.

أى إن قال رجل: إن فعلت... إلخ فعبدى حر مثلاً
 إن فعلت^(٢) كذا ما دمت ببخارا، فخرج منها
 الرجل لأنه لم يتمتع عما حلف على امتناعه الجحش: الحمار، وجمعه جحاش وجحشان وجحشة
 ورجع وفعل لا يحنت، باع أتاناً لا يدخل جحشها فى البيع،
 على وفق دعواه
 والعقار^(٣) المتنازع فيه لا يخرج من يد ذى اليد ما لم يبرهن
 متنازع فيه
 المدعى عقار^(٤) لا فى ولاية القاضى، لا يصح قضاءه فيه، إذا

(١) قوله: "قال" أى قال المشتري للبائع بها... إلخ، معناه رد الثمن، فقال البائع: بازدهم، يعنى أردّ يكون فسخاً للبيع الذى كان بينهما؛ لأن استرداد الثمن ورده فسخ للعقد. (العينى)

(٢) من ههنا إلى قوله: البيع لم نجد فى نسخة من النسخ الموجودة عندنا، ولا فى شرح من الشروح أو فى نسخة، والمراد ظاهر. (محمد إعرار على غفر له)

(٣) قوله: والعقار" أى إذا ادعى عقاراً لا يكتفى بذكر المدعى أنه فى يد المدعى عليه، وبتصديق المدعى عليه فى ذلك، بل لا بد من إقامة البينة أنه فى يد المدعى عليه حتى يصح دعواه، أو علم القاضى فى الصحيح أن يد المدعى عليه لا بد منه تصح الدعوى عليه، إذ هو شرط فيها، ويحتمل أن يكون فى يد غيره، فإقامة البينة تنتفى تهمة المواضع، فأمكن القضاء عليه بإخراجه من يده لتحقق يده، بخلاف المنقول؛ لأن إليه فيه مشاهدة، فلا يحتاج إلى إثباتها بالبينة. (الزيلعى)

(٤) قوله: عقار" أى ولا يصح قضاء القاضى فى عقار ليس فى ولايته، وقال فى التنوير وشرحه: عقار لا فى ولاية القاضى، يصح قضاءه فيه كمنقول، هو الصحيح، وتقدم فى القضاء أن المصر ليس بشرط فيه، به يفتى، ويكتب بالحكم لقاضى تلك الناحية ليأمره بالتسليم. وقيل: لا يصح ومشى عليه فى "الكثر" و"الملتقى"... اهـ، وفى الطحطاوى هذا الخلاف مبنى على أنه هل يعتبر المكان أو الأهل، فقيل: يعتبر المكان، وقيل: يعتبر الأهل حتى لا ينفذ قضاءه فى غير ذلك المكان على قول من يعتبر المكان، وينفذ على الأهل.

وإن كان العقار فى غير مكان القضاء على قول من يعتبر الأهل، أى حضور الخصم الأهل عند القاضى، والأهل كما فى الأشباه: هو العاقل المميز ولو صبياً مأذوناً له فى الخصومة. قال المصنف: وإنما عدلنا عما اعتمده صاحب "الكثر" لما فى البزازية والخلاصة من أن

قضى القاضى فى حادثة بيينة^(١)، ثم قال: رجعت عن قضائى،

أى ظهر لى فيه

أو بدالى غير ذلك، أو وقعت فى تلبيس الشهود، أو

كنقصته، أو فسخته، أو رفعته

أبطلت حكمى، ونحو ذلك لا يعتبر^(٢)، والقضاء ماضى^(٣)

إن كان بعد دعوى صحيحة^(٤) وشهادة مستقيمة، خبأ^(٥) قوما

مثل دين له المسؤول الحالية

ثم سأل رجلا عن شىء فأقر به وهم يرونه ويسمعون كلامه

عليه بذلك الإقرار

وهو لا يراهم، جازت شهادتهم وإن سمعوا كلامه، ولم يروه

الصحيح أن قضاء القاضى فى المحدود يصح، وإن لم يكن المحدود فى ولاية. (محمد إعزاز على غفر له)

(١) قوله: "بيينة" إنما ذكره لقوله: بعد ووقعت فى تلبيس الشهود، وإلا فلا إقرار كالبيينة

فيما يظهر. (الطحطاوى)

(٢) قول القاضى فى كل ذلك لتعلق حق الغير به.

(٣) إلا فى ثلاث لو يعلمه أو بخلاف مذهبه أو ظهر خطوه.

(٤) قوله: "صحيحة" الدعوى الصحيحة ما تتعلق بها أحكامها، فلا بد فيها من إحضار

الخصم والمطالبة بالجواب والإثبات بالبيينة مثلا، والشهادة المستقيمة، أى شهادة العدول إذا

استجمعت شرائط الصحة، واحترز بالدعوى الصحيحة عن الفاسدة، وبالشهادة المستقيمة من

غيرها، فإنه حينئذ يعتبر قوله، ويبطل القضاء.

وصورة الدعوى الفاسدة: أن يدعى محدوداً ولم يبين أنه كرم أو أرض، والشهادة غير

المستقيمة أن يشهدوا كذلك، واحترز بقوله: وشهادة مستقيم عما إذا قضى بعلمه فإنه يجوز له

الرجوع، كأن يعترف عنه رجل لآخر بحق، ثم غابا ثم جاءه اثنان قد ادعيا عنده بهذه الدعوى،

فحكم لأحدهما ظاناً أنه المقر، ثم تبين أنه غيره، فإنه لا ينبغى له أن يمضى حكمه. (الطحطاوى)

(٥) قوله: "خبأ" أى إذا أخبأ رجل جماعة فى مكان، ثم سأل رجلا آخر عن شىء مثل

دين له عليه، فأقر به المسؤول والجماعة يرونه ويسمعون كلامه، والمقر لا يراهم، جازت شهادتهم

عليه بذلك الإقرار؛ لأن الإقرار موجب بنفسه، وقد علموه، وهو الركن فى إطلاق أداء الشهادة،

قال الله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾ وقال عليه الصلاة والسلام: «إذا علمت مثل

الشمس فاشهد وإلا فدع». (الزبلى)

لا^(١) باع عقاراً وبعض أقاربه حاضرٌ يعلم البيع، ثم ادعى لا ^{شخص أو حيواناً حالية} ^{دعواه} ^{امرأة} يسمع^(٢)، وهبت مهرها لزوجها فماتت، فطالبت ورثتها مهرها منه، وقالوا كانت الهبة في مرض موتها، وقال في ^{وقيل: القول للورثة، وبه جزم في التنوير رجل} الصحة، فالقول^(٣) له، أقر بدين، أو غيره، ثم قال: كنت كاذباً فيما أقررتُ حلف^(٤) المقر له ما كان كاذباً فيما أقر، ولست^(٥)

(١) قوله: "لا [أى لا تجوز شهادتهم عليه بذلك]" أى لا تجوز شهادتهم؛ لأن النعمة تشبه النعمة، فيحتمل أن يكون المقر غيره، فلا يجوز لهم أن يشهدوا عليه مع الاحتمال إلا إذا كانوا دخلوا البيت، وعلموا أنه ليس فيه أحد سواه، ثم جلسوا على الباب، وليس للبيت مسلك غيره، ثم دخل رجل، فسمعوا إقرار الداخل، ولم يروه وقت الإقرار؛ لأن العلم حصل لهم فى هذه الصورة، فجاز لهم أن يشهدوا عليه. (الزيلعى)

(٢) قوله: "لا تسمع" بخلاف الأجنبى، ولو جاراً إلا إذا تصرف المشتري فيه زرعاً، وبناء حيث تسقط دعواه على ما عليه الفتوى قطعاً للأطماع الفاسدة، بخلاف ما إذ باع الفضول ملك رجل، والمالك ساكت حيث لا يكون رضى عندنا خلاف لابن أبى ليلى. (المجمع)

(٣) قوله: "فالقول له" والقياس أن يكون القول للورثة؛ لأن الهبة حادثة، والحوادث تضاف إلى أقرب الأوقات، ووجه الاستحسان أنهم اتفقوا على سقوط المهر عن الزوج؛ لأن الهبة فى مرض الموت تنفد الملك، وإن كانت للوارث، ألا ترى أن المريض إذا وهب عبداً لوارثه، فأعتقه الوارث، أو باعه نفذ تصرفه، ولكن يجب عليه الضمان إن مات المورث فى ذلك المرض ردّاً لو صيته للوارث بقدر الإمكان، فإذا سقط عنه أمهر بالاتفاق، والوارث يدعى العود عليه، والزوج ينكر، فالقول قول المنكر. (الزيلعى)

(٤) قوله: "حلف" وهذا قول أبى يوسف، وقالوا: لا يحلف؛ لأن الإقرار حجة ملزمة شرعاً، فلا يصار إلى اليمين كاليمين، بل أولى؛ لأن احتمال الكذب فيه أبعد لتضرره بذلك، وجه الاستحسان أن العادة جرت بين الناس أنهم يكتسبون الصك إذا أرادوا الاستدانة قبل الأخذ، ثم يأخذون المال، فلا يكون الإقرار دليلاً.

وكذا لو ادعى وارث المقر يحلف المقر على الصحيح؛ لأن الوارث ادعى الجزء الذى فى يد المقر له فى اليمين على نفى العلم أننا لا نعلم أنه كاذب، فيحلف، وعليه الفتوى لتغير أحوال الناس، وكثرة الخداع والخيانات، وهو يتضرر بذلك، والمدعى لا يضره اليمين، وإن كان صادقاً، فيصار إليه. (التكملة)

من الإقرار أى على المقر
بمبطل فيما تدعيه عليه الإقرار^(١) ليس^(٢) بسبب للملك^(٣).
رجل
قال لآخر: وكلتك ببيع هذا، فسكت صار^(٤) وكيلا
أى وكل رجل امرأة
وكلها بطلاقها لا يملك^(٥) عزلها، وكلتك بكذا على أنى متى
أى ثم يقول: عزلتك
عزلتك فأنت وكيلى، يقول^(٦) فى عزله: عزلتك ثم عزلتك،

(٥) هكذا فى بعض النسخ بصيغة الخطاب، فيكون معناه أن يقول القاضى للمقر له: احلف هكذا، وفى العينى والطائى وغيرهما بصيغة المتكلم، فالمعنى أن المقر يحلف هكذا. (عز)
(١) واعلم أن هذه الجملة أخذها لبعض الشرح، ولم يأخذها أكثرهم، ولم نجد لها فى النسخ المعتمدة (عز)

(٢) قوله: "ليس" أى ليس مثبتاً للحق للمقر له على المقر؛ لأنه إخبار ومثبت الملك، إنما هو الإنشاء، كبعث واشترت، ونحوهما، فهو فى محل التعليل للمسألة السابقة. (الكشف)
(٣) فلو أقر بحال، والمقر له يعلم أنه كاذب، لا يحل له أخذه ديانة إلا أن يسلمه بطيب نفس، فيكون تمليكاً مبتدأ. (الطائى)

(٤) قوله: "صار" لأن سكوته وعدم رده من ساعة دليل القبول، ونظيره هبة الدين ممن عليه الدين، فإنه إذا سكت صحت الهبة، وسقط الدين لما بينا.
وإن قال من ساعة: لا أقبل بطل، وبقي الدين على حالة، وكذا لو قال: جعلت أرضى عليك وقفاً، فسكت صح، ولو قال: لا أقبل بطل، وقال الأنصارى: الوقف لا يبطل بقوله: لا أقبل؛ لأنه وقع لله تعالى، والأشبه أن يكون هذا قول أبى يوسف لما عرف من أصله أنه يصير وقفاً بمجرد قوله: وقفت دارى. (الزيلعى)

(٥) قوله: "لا يملك" لأنه يمين من جهة تمليك من جهتها؛ لأن الوكيل هو الذى يعمل لغيره، وهى عاملة لنفسها معنى التمليك اقتصر على المجلس، وكلمة من فى قول الشارح من جهتها بمعنى فى، أى تمليك الزوج تمليك صادر منه بالنسبة إليها؛ لأن التمليك صادر منها. (الكشف)

(٦) قوله: "يقول" لأن الوكالة يجوز تعليقها بالشرط، فيجوز تعليقها بالعزل عن الوكالة، فإذا عزله انعزل عن الوكالة المنجزة، وتنجزت المعلقة، فصار وكيلا جديداً، ثم بالعزل الثانى انعزل عن الوكالة الثانية. (الزيلعى)

ولو قال: كلما عزلتك فأنت وكيلى، يقول^(١): رجعت عن
 الو كالة المعلقة، وعزلتك عن الو كالة المنجزة، قبض^{مبتدأ} بدل
 الصلح شرط^{فى المجلس} أن كان ديناً بدين^(٢) وإلا لا^(٣).

ادعى رجل على صبي داراً فصالحه أبوه على مال
 الصبي، فإن كان للصدعى بينة جاز، إن كان بمثل القيمة، أو
 أكثر مما يتغابن الناس فيه، وإن لم يكن له بينة أو كانت غير
 عادلة لا^(٤)، قال^(٥): لا بينة لى فبرهن، أو قال: لا شهادة لى
 لا يصح أى دجله والمُدعى المدعى ثم أى ثم أقام بينة الشاهد فلان فى حق بعينه

(١) قوله: "يقول" رجعت؛ لأنه لو عزله عن المنجزة من غير رجوع لصار وكيلاً مثل ما كان، ولو عزله ألف مرة؛ لأن كلمة كلما تقتضى تكرار الأفعال لا إلى نهاية، فلا يفيد العزل إلا بعد الرجوع، حتى لو عزله ثم رجع عن المعلق يحتاج إلى عزل آخر؛ لأنه كما عزله صار وكيلاً، فلا يفيد الرجوع بعد ذلك عن المعلقة فى حقها؛ لأنه يحتاج إلى عزل آخر بعد الرجوع.
 وقيل: يقول فى عزله: كلما وكلتك فأنت معزول؛ لأنه كلما صار وكيلاً انعزل، فيحصل مقصوده بذلك، والأول أوجه، وهذا لا يفيد فى الحقيقة؛ لأنه انعزل كلما توكل لأجل اليمين الثانية بتوكيل أيضاً كلما انعزل لأجل اليمين الأولى، فيبقى دائماً وكيلاً متعيناً، فلا ينقطع إلا بالرجوع عن الوكالة المعلقة على ما بين. (الزيلعى)

(٢) قوله: "شرط" لأنه متى وقع الصلح على غير ما يستحق الدائن بعقد المدائنة، وهو مال يحمل على المعاوضة، فإذا حمل على المعاوضة صار صرفاً، أو بيعاً، وفيه لا يجوز الافتراق عن الدين بالدين لنهييه عليه الصلاة والسلام عن الكالى بالكالى، وقد بيناه من قبل فى كتاب الصلح وغيره. (التكملة)

(٣) بأن دفع على دراهم عن دنانير، أو على شىء آخر فى الذمة.

(٤) قوله: "ولا لا" أى وإن لم يكن دين بدين لا يشترط قبضه؛ لأن الصلح إذا وقع على عين متعينة لا يبقى ديناً فى الذمة، فجاز الافتراق عنه، وإنما كان مال الربا كما لو وقع الصلح على شعير بعينه عن حنطة فى الذمة، وقد بيناه من قبل. (التكملة)

(٥) قوله: "لا" لأنه متى كان للمدعى بينة، وكان الصلح على مثل القيمة أو أكثر بقدر ما يتغابن فيه الناس، كان للصبي فيه منفعة، وهى سلامة العين له؛ لأنه لو لم يصالح يستحقه

ثم شهد الشاهد البينة في الأول، وشهادة الرجل في الثاني
 فشهد، تقبل للإمام^(١) الذي ولاه الخليفة أن يقطع
 أي حصه من... الخ أي بيعه، وهي الشارع الأعظم ذلك بأن أراد يأخذ منه مالا

إنسانا من طريق الجادة إن لم يضر بالمارة، ومن صادره
 فلو عين فكره، إلا يأخذ الثمن طوعاً بل طلب منه جملة من المال أي رجل امرأة
 السلطان، ولم يعين بيع ماله، فباع ماله صح^(٢)، خوفها

المدعى بالبينة فيأخذه، فيكون هذا الصلح من الأب بمنزلة الشراء من المدعى، فيقيد بالمثل، ويقدر
 ما يتغابن فيه عادة؛ لأنه لا يمكن التحرز عنه.

وإن لم يكن للمدعى بينة، أو كانت غير عادلة، صار الأب متبرعاً بمال الصبي بالصلح لا
 مشترئاً له؛ لأنه لم يستحق المدعى شيئاً من ماله لو لا الصلح، فلا منفعة للصبي في هذا الصلح،
 بل فيه ضرر، فلا تجوز؛ لأن الولاية نظرية، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ
 أَحْسَنُ﴾.

وإن كان الأب هو المدعى للصغير ولا بينته، لا يجوز كيفما كان؛ لأنه لم يثبت للصبي فيما
 ادعاه الأب له ملك ولا معنى الملك، وهو التمكن من الأخذ، فكان محصلاً له مالا من غير أن
 يخرج من ملك الصبي شيئاً بمقابلته، فكان نفعاً محضاً، وإن كان له بينة عادلة، لا يجوز إلا بالمثل،
 وبأقل قدر ما يتغابن فيه؛ لأنه صار من معنى الملك لتمكنه من الأخذ منه بالبينة العادلة، ووصى
 الأب في هذا كالأب؛ لأنه قائم مقامه. (الزيلعي)

(٦) قوله: "قال" بمعنى الأول أن يقول المدعى: ليس لى بينة على دعوى هذا الحق، ثم
 جاء بالبينة تقبل؛ لأن التوفيق بينهما ممكن بأن كانت له بينة فنسيها ثم ذكرها بعد ذلك، أو كان لا
 يعلمها، ثم علمها، وعن أبي حنيفة رحمه الله أنها لا تقبل؛ لأنه أكذب بينته.
 ومعنى الثاني أن يقول الشاهد: لا شهادة لفلان عندي في حق بعينه، ثم شهد له به تقبل؛
 لأنه يقول: نسيت.

وكذا إذا قال المدعى: ليس لى عند فلان شهادة، ثم جاء به، فشهد له تقبل شهادته، روى
 ذلك عن أبي حنيفة رضى الله عنه؛ لأنه يحتمل أن يكون له شهادة قد نسيها، أو لا يعلمها ثم
 علمها. (الزيلعي)

(١) قوله: "للإمام" وإنما جاز له لعموم ولاية في حق الكافة فيما فيه نظر بهم، وكان له
 ذلك من غير أن يلحق به ضرراً بأحد، ألا ترى أنه إذا رأى أن يدخل بعض الطريق في المسجد، أو
 بالعكس، وكان في ذلك مصلحة للمسلمين، كان له أن يفعل ذلك، والإمام الذي ولاه الخليفة
 بمنزلة الخليفة؛ لأنه نائبه، فيملك ما يملكه. (المجمع مع زيادة)

(٢) قوله: "صح" لأنه لم يكره بالبيع، وإنما باع باختياره غاية الأمر أنه صار محتاجاً إلى
 بيعه لإبقاء ما طلب منه، وذلك لا يوجب الكره، كالمدين إذا حبس بالدين، فباع ماله يتقضى بثمنه
 دينه، فإنه يجوز؛ لأنه باعه باختياره، وإنما وقع الكره في الإيفاء لا في البيع، وتقديم مثله في
 التسعير. (الزيلعي)

الظاهر أن المراد به المبرح الهبة المكره
 بالضرب، حتى وهبت مهرها له^(١) لم تصح^(٢) إن قدر على
 المرأة
 الضرب، وإن أكرهها على الخلع، وقع^(٣) الطلاق، ولا يسقط
 المرأة بمهرها
 المال، ولو أحالت إنساناً على الزوج، ثم وهبت المهر
 متنها
 للزوج لا تصح^(٤).

رجل
 اتخذ بيراً في ملكه، أو بالوعة، فنز منها حائط جاره،
 أي الجار
 نقب في وسط الدار، جمعه بلال الخياط شد
 تحول ذلك إلى موضع آخر أفاد أنه يؤمر بالرفق دفعاً للأذى
 أي من سبب النشر
 وطلب تحويله لم يجبر عليه، فإن سقط الحائط منه لم
 الخافر قيمة الحائط رجل
 التي صرفها الزوج على العمارة
 يضمن^(٥)، عمر دار زوجته بماله بإذنها، فالعمارة لها، والنفقة

(١) اعلم أن هذه الكلمة سقطت عن أكثر الشراح، وأخذها بعضهم، فعلى تقدير الإثبات المراد بالتخويف تخويف الزوج وزوجته، وعلى تقدير السقوط التخويف أعم، سواء كان من الزوج، أو غيره، كما في "الطائي" و"الطحطاوي"، وعلى الأول شرح البدر العيني. (محمد إعزاز على غفر له)

(٢) قوله: "لم تصح" لأنها مكرهة عليه، إذ الكره على المال يثبت بمثله؛ لأن التراضي شرط في تملك الأموال والرضا ينبغي بمثله؛ فلا يصح. (الزيلعي)

(٣) قوله: "وقع" وقوع الطلاق راجع إلى ما وقع الإكراه على مال ابتداء بأن وقع الخلع بالإكراه على ألف مثلاً، فيقع الطلاق، ولا يجب عليها شيء، وسقوط المال عن الزوج ناظر إلى ما إذا كان الخلع على ما في ذمة الزوج، أما وقوع الطلاق فلا أن طلاق المرأة واقع، وأما عدم السقوط فلا شرائط الرضا في تملك الأموال، والرضا ينتفي بمثله. (محمد إعزاز على)

(٤) قوله: "لا تصح" لأنه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن، وإن كان أسوة الغرماء عند موتها، فيرد تصرفها فيها، فصار كما لو باع المرهون أو وهبه. (الزيلعي)

(٥) قوله: "لم يضمن" لأنه تصرف في خالص حقه؛ ولأن هذا تسبب وبه لا يجب الضمان إلا إذا كان متعدداً، كوضع الحجر على الطريق، واتخاذ ذلك في ملكه ليس بتعداً، فلا يضمن. (الزيلعي)

أى لو عمرها لنفسه أى فالعمارة للأي للمرأة إذا عمر لها... إلخ
 عليها^(١)، ولنفسه بلا إذنها فله^(٢)، ولها بلا إذنها، فالعمارة
 بالبناء، فلا يكون له الرجوع عليها به شخص
 لها^(٣) وهو متطوع، ولو أخذ غريمه، فنزعه إنسان من يده لم
 النازع إذا هرب الغريم أى فى يد رجل
 يضمن^(٤)، فى يده مال إنسان، فقال له سلطان: ادفع إلىّ هذا
 أى وإن لم تدفعه إلىّ المال إلى السلطان الدافع
 المال، وإلا أقطع يدك، أو أضربك خمسين، فدفع لم يضمن.
 رجل بكسر الميم: وهو ما يحصد به الزرع
 وضع منجلاً فى الصحراء ليصيد به حمار وحش،
 أو من ساعته
 وسمى عليه، فجاء فى اليوم الثانى، ووجد الحمار مجروحاً
 ميتاً، لم يؤكل^(٥).

(١) قوله: "عليها" لأن الملك لها، وقد صح أمرها بذلك، فيقتل الفعل إليها، فتكون كأنها هى التى عمرته، فيبقى على ملكها، وهو غير متطوع فى الإنفاق، فيرجع عليها لصحة أمرها، فصار كالمأمور بقضاء الدين. (الزيلعى)

(٢) قوله: "فله" أى إذا عمر لنفسه من غير إذن المرأة، كانت العمارة له؛ لأن الآلة التى بنى بها ملكه، فلا يخرج عن ملكه بالبناء من غير رضاه، فيبقى على ملكه، ويكون غاصباً للعرصة، وشاغلاً ملك غيره بملكه، فيؤمر بالتفريغ إن طلبت زوجته ذلك. (التكملة)

(٣) قوله: "فالعمارة لها" أى إذا عمرها بغير إذنها كان البناء لها، وهو متطوع فى البناء، فلا يكون له الرجوع عليها؛ لأنه لا ولاية له فى إيجاب ذلك عليها، وقد ملكته هى برضاه، فكان متبرعاً. (الزيلعى)

(٤) قوله: لم يضمن "لأن النزاع تسبب، وقد دخل بينه وبين ضياع حقه فعل فاعل مختار، فلا يضاف إليه التلف، كما إذا حل قيد العبد، فأبق، أو كدلالة السارق على مال غيره، فإن الدال لا يجب عليه الضمان؛ لأن التلف حصل بفعل السرقة لا بدلالة، كمن أمسك هارباً من عدو حتى قتله العدو، فإن الممسك لا يجب عليه الضمان، فكذا هذا. (المجمع)

(٥) قوله: "لم يؤكل" لأن الشرط أن يذبحه إنسان أو يجرحه، وبدون ذلك لا يحل، وهو كالنطيحة والمتردية المذكورة فى الآية، وتقيد به اليوم الثانى وقع اتفاقاً حتى لو وجدته ميتاً من ساعة لا يحل لعدم الشرط. (الزيلعى)

تكريماً، وقيل: تنزيهاً، والأول أوجه ذكر الشاة اتفاقاً
كره^(١) من الشاة الحياء^(٢) والخصية والغدة^(٣)

والمثانة^(٤) والمرارة^(٥) والدم المفسوح والذكر ونخاع^(٦) الصلب.

أى يجوز للقاضي بشروط تقدمت فى القضاء
للقاضى^(٧) أن يقرض مال الغائب والطفل واللقطة، صبي

حشفته ظاهرة، بحيث لو رأى إنسان ظنه مختوناً، ولا يُقطع

(١) قوله: "كره" عن مجاهد كره رسول الله ﷺ من الشاة الذكر والأنثيين والقبل والغدة والمرارة والمثانة والدم وحرمة الدم ثابتة بالمفسر من الكتاب: ﴿أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا﴾، وانعقد الإجماع على حرمة، فلعلة عده فى سلك المكروهات اتباعاً للفظ الحديث، وأما ما فى لفظ الحديث فلا بد من إبطال المكروه على الحرام القطعى اصطلاح جديد بدليل إطلاق الكراهة على الكفر فى الآية: ﴿وَكُرْهًا إِلَيْكُمْ الْكُفْرَ وَالْفُسُوقَ وَالْعِصْيَانَ﴾، ويحتمل أيضاً ورود الحديث مقدم على تحريم الدم. (الكشف وحاشيته)

(٢) قوله: "الحياء" قال البدر العيني: الحياء مقصوراً وهو الفرج، وفى "الصحيح": الحياء ممدود الاستحياء والحياء أيضاً رحم الناقة، والجمع أحية. وفى القاموس: الحياء بالمد الفرج من ذوات الخف والظلف والسباع، وقد يقصر جمعه أحياء وأحوية، وفى المنتهى: الحياء بالمد توبه وشرم وفرج شتر ماله ورحم وفرج غوسپند ماله، وقد يقصر وظاهره أن استعماله ممدوداً أكثر منه مقصوراً. (عز)

(٣) كل عقدة فى الجسد أطاف بها شحم وكل قطعة بين الصلب، ولا تكون فى البطن.

(٤) بالفتح مستقر البول وموضعه من الإنسان والحيوان وموضع الولد، جمعه مثانات.

(٥) بالفتح هنة شبه كيس لازقة بالكبد لها فحة إلى الكبد، ومجرى فيه يتصل بنفس المكبد، فتكون فيها مادة صفراء تعرف بالمررة، جمعه مرارات ومراثر. (أقرب الموارد)

(٦) مثانة، عرق أبيض فى داخل العنق ينقاد فى قفار الصلب حتى يبلغ عجب الذنب، وهو يسقى العظام جمعه نخع. (أقرب الموارد ومحمد إعزاز على غفر له)

(٧) قوله: "للقاضى" لأنه قادر على الاستخلاص، فلا يفوت الحفظ به، بخلاف الأب والوصى والمثقف؛ لأنهم عاجزون عن استخلاص ذلك، فيكون تضييعاً، إلا أن المثلث إذا أنشد اللقطة، ومضى مدة النشيدات ينبغي أن يجوز له الإقراض من فقير؛ لأنه لو تصدق به عليه فى هذه الحالة جاز، فالقرض أولى. (الزيلعى)

القطع أى لما يترك شيخ... إلخ
جلد ذكره إلا بتشديد ترك^(١) كشيخ أسلم، وقال أهل
البصيرة: لا يطيق الختان، ووقته^(٢) سبع سنين.

والمسابقة بالفرس والإبل والأرمل والرمى جائزة^(٣)،
وحرم^(٤) شرط الجعل من الجانبين^(٥)، لا من أحد الجانبين^(٦)، ولا

(١) قوله: "ترك" لأن قطع جلده لتكشف الحشفة، فإن كانت الحشفة ظاهرة فلا حاجة إلى القطع، وإن كان يوارى الحشفة يقطع الفضل، ولو ختن، ولم تقطع الجلدة كلها ينظر إن قطع أكثر من النصف يكون ختناً؛ لأن للأكثر حكم الكل، وإن قطع النصف فما دونه لا يعتد به لعدم الختان حقيقةً وحكمًا.

والأصل أن الختان سنة كما جاء في الخبر، وهو من شعائر الإسلام، وخصائصه حتى لو اجتمع أهل بلد على تركه يحاربهم الإمام، فلا يترك إلا للضرورة، وعذر الشيخ الذى لا يطيق ذلك ظاهر فيترك. (التكملة)

(٢) قوله: "ووقته" وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا علم لى بوقته، ولم يرد عن أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فيه شيء، وإنما المشايخ اختلفوا، فقليل: سبع سنين، وقيل: لا يختن قبل البلوغ، وقيل: أقصاه اثنا عشر، وقيل: تسع، وقيل: عشر، وقال: إن كان قوياً يطيق ألم الختان ختن وإلا لا، وهو الأشبه بالفقه. (الكشف)

(٣) قوله: "جائزة" لقوله ﷺ: «لا سبق إلا فى خوف أو فعل أو حافر»، وأذن رسول الله ﷺ لسلمة بن الأكوع أن يسابق رجلاً كان لا يسابق أبداً، فسبقه لسلمة بن الأكوع، وقال الزهرى: كانت المسابقة بين أصحاب رسول الله ﷺ بالخيول والركاب والأرمل، ولأن الغزاة يحتاجون إلى رياضة خيلهم وأنفسهم، والتعلم للكر والفر مباح. (التكملة)

(٤) قوله: "حرم" لما روى ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى ﷺ سبق بالخيول وراهن، فإذا شرط الجعل من الجانبين، فهو قمار، فلا يجوز، ولا كذلك إذا شرط من جانب واحد؛ لأن النقصان والزيادة لا يمكن فيهما، وإنما فى أحدهما يمكن الزيادة وفى الآخر النقصان فقط، فلا يكون مقامرة؛ لأن المقامر مفاعلة منه، فتقتضى أن تكون من الجانبين، وإذا لم يكن فى معناه جاز استحساناً، لما روينا.

والقياس أن لا يجوز؛ لما فيه من تعليق التمليك على الخطر، ولهذا لا يجوز فيما عدا الأربعة المذكورة فى الكتاب، كالبغل وإن كان الجعل مشروطاً من أحد الجانبين، وفى الحديث إشارة إليه؛ لأنه خصص هؤلاء به، ولو قال واحد من الناس جماعة من الفرسان أو لاثنتين فمن سبق فله كذا من مال نفسه، أو قال للرباع: من أصاب التنفيل، فإن كان التنفيل من بيت المال كالسلب ونحوه

أى الإهداء

يصلى على غير الأنبياء والملائكة إلا بطريق^(١) التبع، والإعطاء

أول يوم من الحسريف. أى الهدايا باسم هذين اليوم حرام، بل كسفر

باسم النيروز والمهرجان لا يجوز^(٢)، ولا بأس بلبس

من الكرياس دون الحرير سواء كان جبة أو عمامة

القلانس^(٣) وندب لبس السواد، وإرسال ذنب العمامة بين

أى ويجوز للشاب... إلخ لأنه أفضل

كتفيه^(٤) إلى وسط الظهر، وللشباب العالم أن يتقدم على الشيخ

يجوز، فما ظنك فى خالص ماله. (الزيلعى بحذف وتصرف)

(٥) بأن يقول: إن سبق فرسك فلك على كذا، وإن سبق فرسى فلى عليك كذا.

(٦) بأن يقول: إن سبقتنى فلك على كذا، وإن سبقتك فلا شىء لى عليك.

(١) قوله: "بطريق التبع" كما يقال: اللهم صل على محمد وآله وصحبه وسلم، ونحو ذلك، وذلك لأن فى الصلاة من التعظيم ما ليس فى غيرها من الدعوات، وهى لزيادة الرحمة والقرب من الله تعالى، ولا يليق ذلك لمن يتصور منه الخطايا والذنوب، وإنما يدعى له بالعفو والمغفرة والتجاوز، ويستحب الترضى للصحابة والترحم للتابعين، ومن بعدهم من العلماء والعباد وسائر الأخيار، وكذا يجوز الترحم على الصحابة والترضى التابعين، ومن بعدهم من العلماء والعباد. (المجمع)

(٢) قوله: "لا يجوز" قال أبو حفص الكبير رحمه الله: لو أن رجلا عبد الله خمسين سنة، ثم جاء يوم النيروز، وأهدى لبعض المشركين بيضته، يريد به تعظيم ذلك اليوم، فقد كفر، وحبط عمله.

وقال صاحب "الجامع الصغير": إذا أهدى يوم النيروز إلى مسلم آخر، ولم يرد به التعظيم لذلك اليوم، ولكن على ما اعتاده بعض الناس لا يكفر، ولكن ينبغى له أن لا يفعل ذلك فى ذلك اليوم بل، ويفعله قبله أو بعده كى لا يكون تشبيهاً بأولئك القوم، وقد قال رسول الله ﷺ: «من تشبه بقوم فهو منهم».

وقال فى "الجامع الأصغر": رجل اشترى يوم النيروز شيئاً لم يكن يشتره قبل ذلك، إن أراد به تعظيم ذلك اليوم، كما يعظمه المشركون كفر، وإن أراد الأكل والشرب والتنعيم لا يكفر. (الزيلعى)

(٣) لما روى أنه عليه السلام كان له قلانس يلبسها، وقد صح ذلك.

(٤) لأنه عليه السلام كان يفعل ذلك، وقيل قدر شبهه، وقيل: إلى موضع الجلوس.

ولو شياً أى ينبغى لحافظ
الجاهل، ولحافظ القرآن أن يختم^(١) فى أربعين يوماً.

(١) ليتدبر معانيه، ويعتبر به؛ لأنهما المقصودان من تلاوة.

كتاب^(١) الفرائض

بغير تبذير ولا تقتير

يبدأ^(٢) من تركه الميت بتجهيزه، ثم دينه^(٣)، ثم وصيته^(٤)،

(١) قوله: "كتاب" مناسبة لما تقدم أن الوصية تكون غالباً في مرض الموت، فيعقبها الموت، فتقسم الفرائض، ووجه التأخير ظاهر منه، وذلك لأنها متعلقة بالموت، وهو متأخر عن الحياة.

والفرائض جمع فريضة، ما يفرض على المكلف، وقد يسمى بها كل مقدر، قال الأزهري: إذ أدخل في الفريضة الهاء جعلت اسماً لا معنى أى وصفاً... اهـ. (الطحطاوى)

(٢) قوله: "يبدأ" اعلم أولاً أن التركة في اللغة بمعنى المتروك كالطلبية بمعنى المطلوب، وفي الاصطلاح: هو ما تركه الميت من الأموال صافياً عن تعلق حق الغير بعين من الأموال، فما تركه من أهله وعياله لا يسمى تركه.

وثانياً أن الحقوق في الفرائض على نوعين: أحدهما: ما يقدم على تجهيز الميت وتكفينه، وهى ما تعلق حق الغير بعينها، وهذا ظاهر مما قلناه، فإن تلك الحقوق المذكورة بعد كالرهن والعبد الجانى والمأذون المديون، إنما تعلقت بالمال قبل الموت، وهو إنما يصير تركه بعد الموت، وإنما قدمت هذه الحقوق على التكفين لتعلقها بالمال قبل صيرورته تركه مثاله المرهون، كما إذا رهن شخص شيئاً ثم مات، وذلك الشيء عند المرتهن، ولم يترك الراهن غيره، فإن دين المرتهن مقدم على التجهيز، فإن فضل بعده شيء، صرف إليه.

وثانيهما: ما يقدم عليه التجهيز وهو ما بينه الشيخ، وهذا إذا أخذت الحقوق مطلقة، وإلا فالحقوق المذكورة أولاً خارقة عن حد التركة، أما تقديم التجهيز فلأن الإنسان محترم حياً، وفي الأثر لعظام الميت من الحرمة أو بالعظام الحى، وقد كان ما به قوام حياته من النفقة والكسوة والسكنى، فكذا لا يكشف عورته بعد موته.

وأما الدين فلقوله تعالى: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ والتقديم ذكراً لا يدل على التقديم فعلاً، قال على رضى الله عنه إنكم تقرأون الوصية مقدمة على الدين، وقد شهدت النبى ﷺ قدم الدين على الوصية، وأيضاً الدين واجب والوصية تبرع، والواجب أولى بالبداءة به، وأما الوصية فما تلونا. (عز)

(٣) بالجر أى يبدأ بوفاء دينه، المراد به دين له مطالب من جهة العباد، لا دين الزكاة والكفارات ونحوها.

(٤) بالجر أيضاً أى ثم يبدأ بوصيته، أى بتنفيذها من ثلث ما بقى بعد التجهيز والدين.

و الباقي أى الورثة ثلاثة أصناف تفسير لذى فرض
 ثم يقسم بين ورثته وهم ذو فرض، أى ذو سهم مقدر^(١)،
 بيان للفروض المقدرة
 فلأب^(٢) السدس مع الولد أو ولد الابن، والجد^(٣) كالأب إن
 وهذا هو الجد الصحيح إلى الميت وإلا فهو جد فاسد
 لم يتخلل فى نسبته أم إلا فى ردها^(٤) إلى ثلث ما بقى،
 كالأب لأنه قائم مقامه الجد
 وحجب أم الأب، فيحجب الإخوة، وللأم الثلث^(٥)، ومع
 فى التكملة هنا الواو العلقه
 الولد أو ولد الابن وإن سفل^(٦)، والاثنين من الإخوة والأخوات

(١) أى فى صاحب سهم قدر فى الكتاب أو السنة .

(٢) قوله : " فلأب " لقوله تعالى : ﴿وَلَأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ﴾ جعل السدس مع ولد الابن ولد شرعاً بالإجماع ، وجميع أحوال الأب فى الفرائض ثلاث : أحدها : الفرض المطلق ، وهو السدس ، وذلك مع الابن أو ابن الابن وإن سفل لما تلونا .
 والحالة الثانية : الفرض والتعصيب ، وذلك مع البنت أو بنت الابن الفرض لما تلونا ، والتعصيب لقوله عليه الصلاة والسلام : «ألقوا الفرائض بأهلها فما أبقت فلا ولي عصبه ذكر» .
 والحالة الثالثة : التعصيب المطلق ، وذلك إذا لم يكن لميت ولد ولا ولد ابن ؛ لقوله تعالى : ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ﴾ الآية ، فذكر فرض الأم ، وجعل الباقي دليل على أنه عصبه . (الزيلعى ملخصاً)

(٣) قوله : " والجد " أى الجد كالأب إن لم يدخل فى نسبته إلى الميت أنثى ، وهو الجد الصحيح إلا فى مسألتين ، أحدهما فى رد أم الميت من ثلث الجميع إلى ثلث ما يبقى فى زوج وأبوين ، أو زوجته وأبوين ، فإن الأب يرد إليه لا الجد ، وفى حجب أم الأب ، فإن الأب يحجبها دون الجد ، وإن تخلل فى نسبته إلى الميت أم كان فاسداً ، فلا يرث إلا على أنه من ذوى الأرحام ؛ لأن تخلل الأم فى النسبة يقطع النسب ، إذ النسب إلى الآباء ؛ لأن النسب للتعريف والشهرة ، وذلك يكون بالمشهور ، وهو الذكور دون الإناث . (الزيلعى)

(٤) أى فى رد أم الميت من ثلث الجميع ، أى فى المسألتين ، أشار إلى الأولى بقوله ردها . . . إلخ ، وإلى الثانى بقوله وحجب أم الأب .

(٥) قوله : " الثلث " وذلك عند عدم الولد وولد الابن مما تلونا ، وعند عدم الاثنين من الإخوة والأخوات على ما نين . (الزيلعى)

(٦) لم يأخذ هذه الجملة الطائى والعينى وصاحب " التكملة ، لكن فى " الطائى " من

الشارح .

لا أولادهم السدس^(١)، ومع الأب وأحد الزوجين ثلث الباقي^(٢) أى وللأم مع الزوج^(٣)
بعد فرض أحدهما، وللجدات^(٣) وإن كثرن السدس إن لم

(١) قوله: "السدس" يعنى مع واحد من هؤلاء المذكورين لا ترث الثلث، وإنما ترك السدس لما تلونا. (التكملة)

(٢) قوله: "ثلث الباقي" فيكون لها السدس مع الزوج والأب والربع مع الزوجة وللأب؛ لأنه هو ثلث الباقي بعد فرض أحد الزوجين، فصار للأم ثلاثة أحوال ثلث الكل وثلث ما يبقى بعد فرض أحد الزوجين والسدس. (الزيلعى)

(٣) قوله: "ولللجدات [الأب كن أو لأم فيشتركن فيه، إذا كن صحيحات متحاذيات فى الدرجات]" والكلام فى الجدات فى مواضع فى ترتيبهن ومعرفة الصحيحة من الفاسدة منهن، وفى قدر ميراثهن، وفيما يسقطن به، فالأول كل شخص له جدتان أم أم وأم أب ولأبيه وأمه كذلك، وهكذا لكل واحد من الأصول إلى أن ينتهى إلى آدم وحواء عليهما الصلاة والسلام، فالصحيحة منهن من لا يتخلل فى نسبتها إلى الميت ذكر بين اثنتين، والفاسدة من يتخلل فى نسبتها، إذ كل أب يدلى إلى الميت بأثنى جد فاسد، فمن يدلى به يكون فاسدا ذكراً كان أو أنثى.

وإذا أرادت نزول عدد من الجدات والوارثات المتحاذيات فاذكر أولاً لفظة أم أم بمقدار الذى تريده، ثم تقول ثانياً: أم أم، وتجعل مكان الأم الأخيرة أبا، ثم فى كل مرة تبدل مكان الأم أبا على الولاء إلى أن تبقى لفظة أم مرة، مثاله: إذا سئلت عن أربع جدات وراثات متحاذيات، فقل: أم أم أم أم بقدر عددهن لإثبات الدرجة التى يتصور أن يجتمعن فيها إلا إذا ارتفعن قدر عددهن من الدرجات، فأربع جدات وراثات لا يتصور اجتماعهن إلا فى الدرجة الرابعة، فتقول: أم أم أم أم أربع مرات، فهذه واحدة منهن، وهى من جهة الأم، ولا يتصور من جهتها أكثر من واحدة، ثم تأتى بواحدة أخرى من جهة الأب فى درجتها، نقول: أم أم أم الأب، ثم تأتى بأخرى من جهة الجد، فتقول: أم أم أبى الأب، ثم بأخرى من جهة جد الأب، فتقول: أم أبى أبى الأب.

ولا يتصور أن يجتمع الوارثات فى هذه الدرجة أكثر من ذلك؛ لأن كل جد صحيح أمه وارثة، وكذا أم أمه وإن علت، ولا يتصور أن تكون جدة وارثة من كل أب إلا واحدة، فتحتاج أن تأتى من الآباء قدرهن عدداً إلا واحدة وهى التى من جهة الأم فإنها لا تدلى بذكر، والثانية تدلى بالأب، فلهذا حذفت فى النسبة الثانية أم واحدة، وأبدلت مكانها أبا، والثالثة تدلى بالجد، فلهذا أسقطت أمين، وأبدلت مكانهما أبوين، والرابعة تدلى بجد الأب، فلهذا أسقطت ثلاث أمهات، وأبدلت مكانهن ثلاثة آباء، فهذا طريقه فى أكثر منهن إلى ما لا يتناهى، هذا لمعرفة الصحيحات فى هذه الدرجة.

وإذا أرادت أن تعرف ما بإزاء الصحيحات من الفاسدات، فخذ عدد الصحيحات واجعله يمينك، واطرح منه اثنين، واجعلهما بيسارك، ثم ضعف ما فى يسارك بعد ما بقى فى يمينك، فالمبلغ عدد الجدات الصحيحات، فالباقيات هى الفاسدات جميعاً، فإذا أسقطت منه عدد

تقدم تعريفه في الجد

يتخلل جد فاسد في نسبتها إلى الميت، وذات جهتين كذات
 جهة، والبُعدي^(١) تحجب بالقربى والكل^(٢) بالأم، وللزوج^(٣)
 النصف ومع الولد أو ولد الابن وإن سفل^{وصلية} الربع، وللزوجة^(٤)
 الربع، ومع الولد أو ولد الابن وإن سفل الثمن، وللبنات
 النصف^(٥) وللأكثر^(٦) الثلثان وعصّبها^(٧) الابن، وله مثل

الصحيحات، فالباقيات هي الفاسدات .

مثاله إذا سئلت عن أربع جدات صحيحات كم بإزاءهن من الفاسدات فخذ أربعة بيمينك،
 واطرح منها اثنين فخذهما بيسارك، فإذا ضعفت هذا المطروح بعدد ما بقى فى يمين؛ صار ثمانية،
 وهو عدد مبلغ الجدات أجمع فى هذا الدرجة، فإذا أسقطت عدد الصحيحات وهن أربع بقيت
 أربع، وهن الفاسدات وميراثهن السدس، وإن كثرت يشتركن فيه؛ لما روى عبادة بن الصامت أن
 رسول الله ﷺ قضى بين الجدتين إذا اجتمعتا بالسدس بالسوية، وأبو بكر صديق رضى الله عنه شرك
 بين الجدتين فى السدس، وسيذكر ما يسقطن به. (الزيلعى بحذف)

(١) أى وتسقط الجدة البعدي من أى جهة كانت وارثه كانت القربى أو محجوبة .

(٢) أى ويحجب الكل، أى كل الجدات بالأم لما كانت وارثة، وعليه الإجماع. (العيني)

(٣) أى زوج الميت لا يخلو إما أن يكون معه ولد الميت، أو ولد الابن وإن سفل، أو لم
 يكن، فعلى الأول للزوج الربع، وعلى الثانى النصف (عز)

(٤) أى كذا الزوجة لا تخلو من الحالتين المذكورتين، فلها على تقدير أن يكون معها ولد
 الميت، أو ولد ابنه وإن سفل الثمن، وعلى تقدير إن لم يكن. (عز)

(٥) كل ذلك للتلاوة وولد الابن بالإجماع؛ لقوله تعالى: ﴿وَأِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا
 النِّصْفُ﴾.

(٦) وإن كانت اثنتين وعليه عامة الصحابة رضى الله عنهم .

(٧) قوله: "عصّبها" معناه إذا اختلط البنون والبنات، عصّب البنات، فيكون للابن مثل
 حظهما، فصار للبنات ثلاثة أحوال النصف للواحدة، والثلثان لاثنتين فصاعداً، والتعصيب عند
 الاختلاط بالذكر. (التكملة)

ولد الابن

حظهما^(١) وولد الابن كوله^(٢) عند عدمه، ويحجب بالابن

الصلبية أولاد الابن أو أولاد ابن الابن وإن سفل

ومع^(٣) البنت لأقرب الذكور الباقي، وللإناث^(٤) السدس

أى مع بنات الابن

صلبيتين

أى بنات الابن

تكملة للثلثين وحجب^(٥) بنتين إلا^(٦) أن يكون معهن، أو أسفل

(١) قوله: "حظهما [أى حظ الأنثيين، وفى أكثر الشروح: مثل "الزيليلى" و"الكشف" و"العينى" و"الطائى" الثلاث . . . إلخ بصيغ التثنية] وجملة الأمر أن لبنات الصلب ثلاث أحوال وراثت وخمسا حاجبات النصف للواحدة المفردة، والثلثان لأنثيين فأكثر عند الانفراد عن الابن، والتعصيب عند وجود الابن وهن حاجبات لولد الأم حجب حرمان، وللأم من الثلث إلى السدس. ولأحد الزوجين إلى الربع والثلث، وللأب من التعصيب فقط إلى التعصيب والفرض. (الكشف)

(٢) قوله: "كوله" فرضاً وتعصبيها، لكن فى تعصبيه نوع مخالفة عن ولد الصلب سيذكره المصنف قريباً بقوله: إلا أن يكون . . . إلخ، وأيضاً يخالفه فى كونه محجوباً حرماناً ونقصاناً، فيحجب بالابن لقربته مع البنت لأقرب الذكور وحدهم الباقي أبعضه إذا كان معهم إناث. (الكشف)

(٣) قوله: "ومع" أى إذا كان مع بنت الميت لصلبه أولاد الابن، أو أولاد ابن الابن وإن سفل، أو المجموع كان الباقي بعد فرض البنت الصلبية لأقرب الذكور منهم؛ لأنه عصبية، فيجب الأبعد، وهذا إنما يستقيم إذا لم تكن فى درجة بنت ابن، وأما إذا كانت فى درجته بنت ابن فتشاركه، فلا يكون الباقي من فرض البنت له وحده. (الزيليلى)

(٤) قوله: "وللإناث" أى لبنات الابن مع الواحدة الصلبية السدس تكملة للثلثين، ومراده إذا لم يكن فى درجتهم ابن ابن، وأما إذا كان معهن ابن ابن يكن عصبه معه، فلا يرثن السدس، وإنما كان لهن السدس عند انفرادهن. (العينى)

(٥) قوله: "وحجب" أى تحجب بنات الابن ببنتين صلبيتين؛ لأن إرثهن كانت تكملة للثلثين، وقد كمل ببنتين، فسقطن إذ لا طريق لتوريثهن فرضاً وتعصيباً. (الزيليلى)

(٦) قوله: "إلا" أراد بقوله: معهن إن يكن الغلام فى درجتهم، سواء كان أخاً لهن أو لم يكن، ثم الأصل فى بنات الابن عند عدم بنات الصلب إن أقربهن إلى الميت ينزل منزلة البنت الصلبية، والتى تليها فى القرب منزلة بنات الابن، وهكذا يفعل وإن سفلن. مثاله: لو ترك ثلاث بنات ابن بعضهن أسفل من بعد، وثلاث بنات ابن ابن آخر بعضهن أسفل من بعض، وثلاث بنات ابن ابن آخر بعضهن أسفل من بعض بهذه الصورة:

ابن	بنت	ابن	ابن
ابن	بنت	ابن	بنت

منهم ذكرٌ، فيعصب من كانت بحذاءه، ومن كانت فوقه ممن
 لم يكن ذات سهم، ويسقط من دونه والأخوات لأب وأم
 كبنات^(١) الصلب عند عدم البنات وبنات الابن أي عند عدم البنات وبنات الابن أي والأخوات لأب وأم، إلخ
 الصلبيات، وعصبهن^(٣) إخوتهن^(٤) والبنت وبنت الابن،
 وعصبهن أيضاً

ابن	بنت	ابن	بنت	ابن	بنت
ابن	ابن	ابن	بنت	ابن	بنت
		ابن		ابن	

فالعليا من الفريق الأول لا يوازها أحد، فيكون لها النصف، والوسطى من الفريق الأول توازيها العليا من الفريق الثاني، فيكون لهما السدس تكملة الثلثين، ولا شيء للسفليات إلا أن يكون مع واحدة منهن غلام، فيعصبها ومن بحذاءها، ومن فوقها إن لم تكن صاحبة فرض حتى لو كان الغلام مع السفلى من الفريق الأول عصبها وعصب الوسطى من الفريق الثاني والعليا من الفريق الثالث، وسقطت السفليات.

ولو كان الغلام مع السفلى من الفريق الثاني، عصبها وعصب الوسطى منه والوسطى والعليا من الفريق الثالث، والسفلى من الفريق الأول، ولو كان مع السفلى من الفريق الثالث عصب الجميع غير أصحاب الفرائض. (الزيلعي)

(١) قوله: "كبنات" حتى يكون لواحدة النصف وللثنتين الثلثان، ومع الإخوة لأب وأم للذكر مثل حظ الأنثيين. (الزيلعي)

(٢) قوله: "والأب" أي الأخوات لأب مع الأخوات لأب وأم كبنات الابن مع الصلبيات، حتى يكون للواحدة من الأخوات لأب النصف عند عدم الأخوات لأب وأم، ولانثنتين الثلثان فصاعداً، ومع الإخوة لأب للذكر مثل حظ الأنثيين، ومع الأخت الواحدة لأب وأم السدس تكملة الثلثين، ويسقطن بالأختين لأب وأم إلا أن يكون منهن أخ لأب، فيعصبهن لما تلونا وبيننا. (الزيلعي)

(٣) قوله: "عصبهن" أي عصب الأخوات لأب وأم، أو لأب أخوتهن، وعصبهن أيضاً البنت وبنت الابن لقوله عليه الصلاة والسلام: «اجعلوا الأخوات مع البنات عصباً»، وجعل الشيخ رحمه الله البنت ممن تعصب الأخوات، وهو مجاز، وفي الحقيقة لا تعصبهن، وإنما يصرن عصباً معها لا بها، والبنت بنفسها ليست بعصب في هذه الحالة، فكيف تعصب غيرها، بخلاف الأخوة على ما يجيء عن قريب - إن شاء الله تعالى - . (العيني)

(٤) قوله: "إخوتهن" لم يكتف عن ذكر إخوتهن بالتشبيه في قوله: والأخوات إلى قوله:

وللواحد من ولد الأم السدس، وللاكثر الثلث ذكرهم
 في القسمة والاستحقاق أى وإن كلهن ^{وصلية} وبالابن وابنه، وإن سفل وبالأب والجد،
 كأئناهم ^(١)، وحجب ^(٢) بالابن وابنه، وإن سفل وبالأب والجد،
 والبنت ^(٣) تحجب ولد الأم فقط، وعصبة ^(٤) أى ^{تفسير للعصبة} من أخذ الكل

إذا انفرد، والباقي ^(٦) مع ذى سهم والأحق الابن ^(٧) ثم ابنه، وإن
 مع الصبيان؛ لأن الذكر إن كان أسفل من الأخوات لا يعصبن، كابن الأخ، بخلاف بنت الابن،
 وأضاف الإخوة إليهن لا إلى الميت قصدا إلى اشتراط اشتراكهما فى وصف كونهما لأب وأم، ولا
 العكس. (الكشف)

(١) قوله: "كأئناهم" لآية: ﴿وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السَّدُسُ وَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثَّلَاثِ﴾، المراد به أولاد الأم لذكر أولاد الأب والأم أو الأب فى آية النصف، ولذا قرأ بعضهم "وله أخ أو أخت لأم"، وإطلاق الشركة يقتضى المساواة. (الكشف)

(٢) قوله: "وحجب" أى الأخوات كلهن حجبن بهؤلاء المذكورين، وهو الابن وابن الابن وإن سفل، والأب والجد وإن علا، وكذا الإخوة يحجبون بهم؛ لأن ميراثهم مشروط بالكلالة، واختلف فى الكلالة هل هى صفة للميت، أو للورثة، أو للتركة، وقرئ: يورث - بكسر الراء وفتحها - وأيا ما كان يشترط تسمية عدم الولد والوالد للميت، فيسقطون بهم. (الزيلعى)

(٣) قوله: "والبنت" أى بنت الميت تحجب الإخوة والأخوات من الأم وحدهم، ولا تحجب الإخوة من الأبوين أو من الأب لما أن شرط إرثهم الكلالة، ولا كلالة مع الولد والبنت ولد، فتحجبهم، وكذا بنت الابن لما أن ولد الابن ولد. (الزيلعى)

(٤) بالرفع عطف على قوله: ذو فرض فى أول الكتاب تقدير والورثة ذو الفرض وعصبة. (العينى)

(٥) قوله: "أى" هذا تفسير للعصبة، أى العصبة من يأخذ جميع المال عند انفراده، وما أبقت الفرائض عند وجود من له الفرض المقدر، وهذا رسم وليس بحد؛ لأنه لا يفيد إلا على تقدير أن يعرف الورثة كلهم، ولكن لا يعرف من هو العصبة منهم، فيكون تعريفا بالحكم، والمقصود معرفة العصبة حتى يعطى ما ذكر، ولا يتصور ذلك إلا بعد معرفته. (الزيلعى)

(٦) قوله: "والباقي" انظر هل يشترط فى مصداق التعريف وجود كل من وصفى أخذ كل التركة عند الانفرد وأخذ جميع الباقي بعد سهم ذى سهم، فيخرج عن التعريف العصبة بالغير، لفقدتها فيها، وكذا مع الغير، لفقد الأول، فيقيد المعرف بالعصبة بنفسه، كما فى السيد

سفل، ثم الأب^(١)، ثم أب الأب^(٢) وإن علا، ثم الأخ^(٣) لأب
وأم ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ لأب وأم ثم ابن الأخ لأب، ثم
الأعمام^(٤)، ثم أعمام الأب، ثم أعمام الجد على الترتيب ثم

فى "شرح السراجية".

ثم خدشه بأنه إذا أخص التعريف به كان المفهوم من كلامه تقديمه، أى العصبية بنفسه فقط على العصبية السببية مع أن التقديم عليها ليس مختصاً به، بل يشاركه فيه أخواه أو أم، لا بناء على جعل الواو بمعنى أو للتنويع، فهى كما فى قولهم على ما فى "الدر المختار": الطهارة شرعاً: هى النظافة من حدث أو خبث . . . اهـ.

قال محمد أمين: إن "أو" هنا للتنويع، فالقسمان المتخالفان حقيقة متشاركان فى مطلق الماهية . . . اهـ، وتلك الماهية هى النظافة، فالمعنى العصبية من له حق فى التركة بدون فرض مقدر فى كتاب الله تعالى، فأما فى كلها عند عدم القرض ثمة، أو باقيا بعد الفرض عند وجوده فدخلة العصبية مع الغير فى النوع الثانى، وهذا ظاهر.

وكذا بالغير بأن يراد بالباقي مطلق الباقي الأعم من كله، وبعضه، فالذى يظهر لى الولاية الشق الثانى لثلا يحتاج إلى التقييد المذكور، ولا ترد الخدشة المذكورة، والله أعلم بمراد عباده. (الكشف)

(٧) قوله: "الابن" أى أولاهم بالعصوبة جزء الميت، وإن سفل، وغيرهم محجوبون بهم، لقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾ إلى أن قال سبحانه وتعالى: ﴿لَا بَوْلِي لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ﴾ فجعل الأب صاحب فرض مع الولد، ولم يجعل للولد الذكر سهماً مقدراً لتعين الباقي له، فدل أن الولد الذكر مقدم عليه بالعصوبة. (الزيلعى)

(١) قوله: "الأب" أى ثم الأحق بالعصوبة أصل الميت، وهو الأب، لأن إرث الإخوة مشروط بالكلاية، وهى من لا ولد له ولا والد، وللإجماع فإذا قدم على الأخ وهو أقرب من العم، فعلى العم وابن العم بالأولى. (الكشف مع زيادة)

(٢) لتقدمه فى الولاية على الأخ، فكذا فى الميراث.

(٣) قوله: "الأخ" أى ثم الأحق جزء لأب، وهو الأخ لأب وأم . . . إلخ تقسره؛ لأنه جزء الأب، بخلاف العم، وقدم الأخ لأب وأم على الأب لقوة القرابة، لاتصال من الجانبين، وقال عليه الصلاة والسلام: «إن أعيان بنى الأم يتوارثون بنى العلات». (الكشف مع زيادة)

(٤) قوله: "الأعمام" أى أولاهم بالميراث بعد الإخوة أعمام الميت؛ لأنهم جزء الجد، فكانوا أقرب، وقوله: على الترتيب أى على الترتيب الذى ذكرنا فى الإخوة، وهو أن يقدم العم

المذكور

المعتق^(١) ثم عصبته^(٢) على الترتيب، واللاتي^(٣) فرضهن النصف
 أى بتقرب إلى الميتة
 والثلاثان يصرن عصباً بإخوتهن لا غير، ومن يدلى بغيره
 حجب به^(٤)، سوى ولد الأم، والمحجوب^(٥) يحجب كالأخوين

لأب، وأم على الأم لأب، ثم العم لأب على ولد العم لأب وعم، وكذا يعمل فى أعمام الأب
 يقدم منهم ذو قرابتين عند الاستواء فى الدرجة، وعند التفاوت فى الدرجة يقدم الأعلى.
 (الزيلعى)

(١) قوله: "المعتق" أى ثم الأحق بعد هؤلاء المعتق، وهو آخر العصابات لقوله ﷺ:
 «الولاء لحمه كلحمه النسب»، ولأنه أحياء معنى بالإعتاق، فأشبهه الولادة. (المجمع بزيادة)

(٢) قوله: "عصبته" ومعناه إذا لم يكن للمعتق عصبته من النسب على الترتيب الذى
 ذكرنا، فعصبته مولاه الذى أعتقه، فإن لم يكن مولاه فعصبته عصبته المعتق، وهو المولى على
 الترتيب الذى ذكرنا، بأن يكون جزء المولى أولى وإن سفل، ثم أصوله، ثم جزء أبيه، ثم جزء
 جده، يقدمون بقوة القرابة عند الاستواء، ويعلو الدرجة عن التفاوت. (الزيلعى)

(٣) قوله: "واللاتي" أى النساء اللاتي فرضهن النصف والثلاثان وهن البنات وبنات
 الابن والأخوات لأب وأم والأخوات لأب يصرن عصباً بإخوتهن، لا غير، هذا فى البنات
 والأخوات ظاهر؛ لأن عصبتهن تقتصر عليه، وأما بنات الابن فإنهن يصرن عصباً بأبناء أعمامهن
 أيضاً، وإن سفل، فيكون معناه فى حقهن بإخوتهن، أو بمن له حكم إخوتهن. (العيني)

(٤) قوله: "به" أى بذلك الغير سوى ولد الأم، فإنه يدلى بالأم، ولا تحجبه بل هى
 تحجب بالاثنتين منهم من الثلث إلى السدس على ما بينا، وإنما لا تحجبه الأم لأنها لا تستحق جميع
 التركة، ولا يرث هو إرثها؛ لأنها ترث بالولاد، وهو بالإخوة، فلا يتصور الحجب فيه، بخلاف
 الجدة حيث تحجب بالأم؛ لأنها ترث ميراث الأم، والأم أولى به منها؛ لأنها أقرب، وبخلاف
 الأب حيث يحجب الجد، والجدة من قبله والإخوة والأخوات كلهم؛ لأنه يستحق جميع التركة،
 وكذلك الابن يحجب ابنه؛ لما ذكرنا، فحاصله أن الحجب بأحد الأمرين: إما بمن يدلى به بشرطه
 على ما ذكرنا، أو يكون الحاجب أقرب كالأعمام يحجبون بأعلى درجة منهم. (الزيلعى)

(٥) قوله: "المحجوب" أى من حجب بورث يكون حاجباً كلا المحجيين، كما فى
 المسألتين المذكورتين، فإنه إذا كان للميت أب يحجبان، ومع ذلك يحجبان الأم من الثلث إلى
 السدس، فإن إرث الإخوة مشروط بالكلالة، وإرث الأم الثلث مشروط بعدم الاثنتين من الإخوة،
 والمراد بالحجب حجب حرمان. (عز)

أو الأختين يحجبان الأم إلى السدس مع الأب لا^(١) المحروم

لأن الرقيق لا يملك شيئاً لا نسباً كحافر البشر في غير ملكه كحربى وذمى

بالرق والقتل مباشرة، واختلاف الدين^(٢) أو الدار،

كالبنوة كالزوجية إذا كانت غير محرم له

والكافر يرث بالنسب والسبب كالمسلم، ولو^(٣) حجب

لثبوت نسبه من جهة الأم، لا من جهة الأب

أحدهما، فبالحاجب لا^(٤) بنكاح محرم، ويرث ولد

واحد

الزنا واللعان بجهة الأم فقط، ووقف^(٥) للحمل حظ ابن،

(١) قوله: "لا" أى لا يكون من حرم بكونه رقيقاً أو لكونه قاتلاً قتل مباشرة، أو للاختلاف بينه وبين الميت فى الدين أو فى الدار حاجباً أصلاً لا حجب نقصان، ولا حجب حرمان؛ لأنه كالميت فإن حرمانه لمعنى فى نفسه، فخرج عن أهلية الإرث، بخلاف الحجب لبقاء الأهلية، وبه علم موانع الإرث. (محمد اعزاز على غفر له)

(٢) بالكفر والإسلام، وأما الاختلاف على الكفر، فلا يمنع الإرث، حتى لم يرث المسلم عن الكافر، ولا الكافر منه.

(٣) قوله: "ولو" أى لو اجتمعت فى الكافر قرابتان لو تفرقتا فى شخصين حجب أحدهما الآخر يرث بالحاجب، وإن لم يحجب يرث بالقرايتين، كما إذا تزوج المجوسى أمه، فولدت له ابناً، فهذا الولد ابنها وابن ابنها، فيرث منها إذا مات على أنه ابن، ولا يرث على أنه ابن ابن؛ لأن ابن الابن يحجب بالابن.

ولو ولدت له بنتا مكان الابن، ترث الثلثين النصف على أنها بنت، والسدس على أنها بنت الابن تكملة الثلثين، وترث من أبيها على أنها بنت، ولا ترث على أنها أخت من أم؛ لأن الأخت تسقط بالبنت.

ولو تزوج بنته فولدت له بنتا ترث من أمها النصف على أنها بنت، وترث الباقي على أنه عصبية؛ لأنها أختها من أبيها، وهى عصبية مع البنت، وإن مات أبوها ترث النصف على أنها بنت بنت؛ لأنها من ذوى الأرحام، فلا ترث مع وجود سهم، أو عصبية، وهو قول عامة الصحابة رضى الله عنهم، وبه أخذ أصحابنا. (الزيلعى)

(٤) قوله: "لا" أى لا يرث الكافر بنكاح محرم، كما إذا تزوج المجوسى أمه أو غيرها من المحارم، لا يرث منها بالنكاح، أما عندهما فظاهر؛ لأن النكاح لم يصح، وأما عند أبى حنيفة رحمه الله فلا لأنه وإن كان له حكم الصحة لكن لا يقر عليه إذا أسلم، فكان كالفاسد. (الزيلعى)

(٥) قوله: "ووقف" أى إذا ترك الميت امرأة حاملاً أو غيره ممن يرثه ولدها، وقف لأجله نصيب ابن واحد. (الزيلعى)

ويرث^(١) إن خرج أكثره فمات لا أقله، ولا توارث^(٢) بين
 جمع حريق، يعنى إذا ماتوا من الاحتراق بيان للنصف الثالث من الورثة
 الغرقى^(٣) والحرقي إلا إذا علم ترتيب الموتى، وذو رحم^(٤) وهو
 تفسير لذي الرحم ذو رحم^(٥) أى صاحب فرض
 قريب ليس بذى سهم وعصبة، ولا يرث^(٥) مع ذى سهم
 فيرث ذو الرحم
 وعصبة سوى أحد الزوجين لعدم الرد عليها، وترتيبهم
 فى كل صنف منهم
 كترتيب العصبات، والترجيح^(٦) بقرب الدرجة، ثم^(٧) يكون^(٨)

(١) قوله: "ويرث" أى الحمل يرث إن خرج أكثره، وهو حى ثم مات، وإن خرج أقله وهو حى، فمات لا يرث؛ لأن انفصاله حى من البطن شرط لإرثه، والأكثر يقوم مقام الكل، ثم إن خرج مستقيماً فالمعتبر صدره، وإن خرج منكوساً، فالملعتبر سرتة. (الزيلعى)

(٢) قوله: "ولا توارث" اعلم أن غرقى لهم أحوال خمس: الأولى: أن يعلم السابق منهم على اليقين، والأمر حينئذ واضح، إذ لا يرث اللاحق من السابق على الترتيب. والثانية: أن يعلم السابق على التعيين أولاً، ثم يلتبس، فيتوقف الإرث إلى أن يتيقن، أو يصطلح الورثة؛ لأن التذكر غير مأیوس منه، والثالث: أن يعلم السابق لا على التعيين، والرابع: موت الجميع معاً، والخامس: أنه لا يعلم السبق من المعية، ففى هذه الصورة الثلاث لا يرث بعضهم من بعض. (فتح المعين)

(٣) جمع غريق، يعنى إذا ماتوا فى الغرق

(٤) بالرفع عطف على قوله: وعصبة فى أول الكتاب.

(٥) قوله: "ولا يرث" أى لا يرث ذوا الأرحام مع وجود ذى فرض، أو عصبة إلا إذا كان صاحب الفرض أحد الزوجين، فيرثون معه لعدم الرد عليه؛ لأن العصبة أولى معه، وكذا الرد على ذوى السهام أولى من ذوى الأرحام؛ لأنهم أقرب إلا الزوجين، فإنهما لا قرابة لهما مع الميت، وإرثهما نظير الدين، فإن صاحب الدين لا يرد عليه ما فضل بعد قضاء الدين، فكذا لا يرد عليه ما فضل من فرضهما على ذلك كان عامة الصحابة رضى الله عنهم. (الزيلعى)

(٦) قوله: "والترجيح" يعنى إرثهم بطريق العصبة، فيقدم الأقرب على الأبعد فى كل صنف منهم، كما فى العصبات. (التكملة)

(٧) قوله: ثم أى إذا استويا فى الدرجة، فمن يدلى بوارث أولى من كل صنف؛ لأن الورث أقوى قرابة من غير الوارث بدليل تقديمه عليه فى استحقاق الإرث، فكان من يدلى به أقوى، وللقوة تأثير فى التقديم، ألا ترى أن بنى الأعيان يقدمون على بنى العلات فى العسوبة لهذا

الأصل وارثاً، وعند^(١) اختلاف جهة القرابة فلقرابة الأب

أى أيدان الفروع

فى صفة الذكورة والأنوثة

ضعف قرابة الأم، وإن^(٢) اتفق الأصول فالقسمة على الأبدان،

أى من الفروع

أى فيعتبر العدد

وإلا^(٣) فالعدد منهم والوصف من بطن مختلف، والفروض^(٤)

نصف^(٥) وربع وثمان وثلثان وثلث وسدس، ومخارجها^(٥) اثنان

المعنى . (التكملة)

(٨) فيقدم بنت بنت الابن على بنت بنت البنت .

(١) قوله : "وعند" أى وإذا كان بعض ذوى الأرحام من جهة الأب وبعضهم من جهة الأم، كان لمن هو من جهة الأب الثلثان، ومن جهة الأم الثلث، ولأن قرابة الأب أقوى، فيكون لهم الثلثان، والثلث لقرابة الأم، وهذا لا يتصور فى الفروع، وإنما يتصور فى الأصول والعمات والأحوال . (الزيلعى بحذف)

(٢) قوله : "وإن" أى وإن اتفقت فى صفة الذكورة والأنوثة، ولم يختلفوا فيها، كانت القسمة على أبدانهم حتى يجعل بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، والمراد بالأصول المدلى بهم، سواء كانوا أصولاً لهم، أو لم يكونوا . (الزيلعى)

(٣) قوله : "وإلا" أى إن لم تتفق صفة الأصول يعتبر العدد من الفروع، أى المدلول بهم، والصفة من بطن مختلف، فيقسم المال على ذلك البطن، فيعتبر عدد كل واحد فى ذلك البطن ذكوراً بعد فروعه، والأنثى الواحدة إنثاءً بعد فروعها، ويعطى الفروع ميراث الأصول، وإذا كان فيهم بطون مختلفة، يقسم المال على أول بطن مختلف على الصفة التى ذكرنا، ثم يجعل الذكور طائفة، والإناث طائفة بعد القسمة، فما أصاب الذكور يجتمع أو يقسم على أول بطن مختلف بعد ذلك، وكذا ما أصاب الإناث، وهكذا يعمل إلى أن ينتهى الذين هم أحياء، وهكذا قول محمد رحمه الله تعالى، وقول محمد رحمه الله أصح فى ذوى الأرحام جميعاً، وهو أشهر الروايتين عن أبى حنيفة . (الزيلعى بحذف)

(٤) قوله : "والفروض" أى الفروض المقدرة كتاب الله تعالى هذه الستة، وهى نوعان على التنصيف، إن بدأت بالأكثر أو على التضعيف إن بدأت بالأقل، فنقول : النصف ونصفه ونصف نصفه والثلثان ونصفها ونصف نصفهما، أو تقول : الثمن وضعفه وضعفه وضعفه والسدس وضعفه وضعفه وضعفه . (الزيلعى)

(٥) قوله : "مخارجها" أى مخارج هذه الفروض لا تخلو إما يجىء كل فريق منها منفرداً، أو مختلطاً بغيره، فإن جاء منفرداً، فخرج كل فرض منه، وهو المخرج الذى يشاركه فى الحروف إلا النصف، فإنه من اثنين، وليس له سمي، وذلك مثل الثمن من ثمانية، والسدس من

للنصف، وأربعة وثمانية وثلاثة وستة لسميها واثنًا عشر
قيد بقوله: اثنا عشر، ولقوله: أربعة وعشرون
 وأربعة وعشرون^(١) بالاختلاط، وتعول^(٢) بزيادة، فسته إلى
أراد به السبعة والنسبة أراد به الثمانية وعشرة
 عشرة وترأ^(٣) وشفعا، واثنًا عشر^(٤) إلى سبعة عشر وترأ^(٥)،
أراد به السبعة والنسبة أراد به الثمانية وعشرة
 أو أربعة وعشرون^(٦) إلى سبعة وعشرين، وإن^(٧) انكسر حظ
أى تعول... إلخ

سته، والثلث من ثلثه، والرابع من أربعة.

وإن جاء مختلطاً بغيره فلا يخلو إما أن يختلط كل نوع بنوعه أو أحد النوعين بالآخر، فإن
 اختلط كل نوع بنوعه، فخرج الأكل منه يكون مخرجاً للكل؛ لأن ما كان مخرجاً لجزء يكون
 مخرجاً لضعفه، ولضعف ضعفه كالثمانية مخرج الثمن أو الستة مخرج السدس.

وإن اختلط أحد النوعين بالنوع الآخر، فمخرجهما من أقل عدد يجمعهما، وإذا أردت
 معرفة ذلك أنظر مخرج كل واحد من الفريقين على حدة، ثم أنظر، هل بينهما موافقة، وإلا فإن
 كان بينهما موافقة فاضرب وفق أحدهما في جميع الآخر، وإن لم يكن بينهما موافقة، فجميع
 أحدهما في جميع الآخر، فالمبلغ مخرج الفرضين.

ثم إذا اختلط النصف الأول بكل من الثانى أو ببعضه، فهو من ستة؛ لأن بين مخرج
 النصف والسدس موافقة بالنصف، فإذا ضربت وفق أحدهما في جميع الآخر يبلغ ستة، وإذا
 اختلط الربع من الأول بكل الثانى، أو ببعضه فهو اثني عشر؛ لأن مخرج الربع وهو الأربعة موافق
 مخرج السدس، وهو الستة بالنصف، فإذا ضربت وفق أحدهما في جميع الآخر يبلغ ثنتي عشر،
 ومنه يخرج الجواب.

وإن كان المختلط به الثلث والثلثان فلا موافقة بينهما، واضرب ثلاثة في ثمانية تبلغ أربعة
 وعشرين، فمنه فخرج الجواب، فصارت جملة المخارج سبعة، ولا يجمع أكثر من أربعة فروض
 في مسألة واحدة، ولا يجمع من أصحابها أكثر من خمس طوائف، ولا ينكسر على أكثر من أربع
 طوائف. (التكملة)

(١) قوله: "أربعة وعشرون" هي مخرج الثلاثة والثمانية بالاختلاط، وذلك لأن مخرج
 الثلث الذى هو الثلاثة لا يوفق الثمانية، فاضرب الثلاثة فيهما، تبلغ أربعاً وعشرين، فمنه يخرج
 الجزءان. (ز والعينى)

(٢) قوله: "وتعول [شروع فى مسائل العول]" أى تعول هذه المخارج بزيادة من أجزاء
 المخارج إذا اجتمع فى مخرج فروض كثيرة، بحيث لا تكفى أجزاء المخرج لذلك، فيحتاج إلى
 العول بزيادة من أجزاء المخرج، فيرتفع المسألة، والعول الارتفاع، والمراد بالعول عزل بعضها؛ لأن
 كلها لا يعول، وإنما يعول ثلاثة منها الستة واثنًا عشر وأربعة وعشرون، والأربعة الأخر لا تعول.
 (الزيلعى)

(٣) قوله : "وتراً" يريد بالوتر السبعة والتسعة ، وبالشفع الثمانية والعشرة ، فمثال عولها إلى سبعة زوج وأختان لأبوين أو لأب أو زوج وجدة وأخت لأب ، ومثال عولها إلى ثمانية زوج وأخت من أب وأختان من أم ، أو زوج وثلاث أخوات متفرقات ، أو زوج وأم وأخت من أب ، أو زوج وأختان من أبوين وأخت من أم ، أو زوج وأم وأختان من أب .
ومثال عولها إلى تسعة : زوج وثلاث أخوات متفرقات وأم ، أو زوج وأختان من أب وأختان من أم ، أو زوج وأختان من الأبوين وأم وأخت من أم ، ومثال عولها إلى عشرة : زوج وأختان من أب وأختان من أم وأم . (الزيلي)

(٤) قوله : "وأثنا عشر" أي اثنا عشر تعول إلى سبعة عشر ، وترأ لا شفعا ، والمراد بالوتر ثلاثة عشر وسبعة عشر ، فمثال عولها إلى ثلاثة عشر : زوج وبتان وأم وزوجة وأختان لأبوين وأخت لأم ، أو زوج وبت وإبن وأم أو جدة ، ومثال عولها إلى خمسة عشر : زوج وبتان وأبوان أو زوجة وأختان لأب وأختان لأم ، ومثال عولها إلى سبعة عشر أربع أخوات لأم ، وثمانى أخوات لأب ، وجدتان وثلاث زوجات . (الزيلي)

(٥) أراد به ثلاثة عشر وخمسة عشر وسبعة عشر .

(٦) قوله : "أو أربعة وعشرون" أي أربعة وعشرون تعول إلى سبعة وعشرين ، وما فيها إلا عولة واحدة ، وهى المنبرية ، وتسمى التسعية وهى زوجة وأبوان وبتان ، سميت بذلك ؛ لأن علياً رضى الله تعالى عنه سئل عنها وهو على المنبر ، فقال : عاد ثمنها تسعاً مرتجلاً ، ومضى فى خطبة . (الزيلي)

(٧) قوله : "وإن" شروع فى مسائل الصحيح ، اعلم أما أولاً ، فإنه يجب للتصحيح من معرفة أربعة أشياء : التماثل والتداخل والتوافق والتباين بين العددين ؛ ليتمكن من العمل فى التصحيح ، فنقول : إن كان أحد العددين مثلاً للآخر فهى الماثلة ، فيكتفى بضرب أحدهما عن الآخر ، وإن لم يكن مثلاً له ، فإن كان الأقل جزءاً للأكثر فهى المداخلة ، ولم يكن جزءاً له ، فإن توافقا فى جزء فهى الموافقة بينهما ، وإن لم يتوافقا فى جزء فهى المباينة ، ولا يخلو عدد إن اجتماعاً من هذه الأحوال الأربعة ، وطريق معرفة كل منها مذكورة فى المطولات .

وأما ثانياً فإنه يحتاج فى تصحيح المسائل إلى سبعة أصول : ثلاثة منها بين السهام والرؤوس ، وأربعة بين الرؤوس ، أما الثلاثة فأحدها يسمى الاستقامة ، وهو ما إذا كان سهام كل فريق منقسمة عليها بلا كسر ، فلا حاجة إلى الضرب ، كأبوين وبتتين ، والثانى الموافقة ، وهو ما إذا انكسر نصيب على طائفة واحدة ، ولكن بين سهامهم ورؤوسهم موافقة ، فيضرب وفق عدد رؤوس من انكسر عليهم السهام فى أصل المسألة إن لم تكن عائلة ، وفى أصلها وعولها إن كانت عائلة ، كأبوين وعشر بنات أو زوج وأبوين وست بنات .

والثالث أن ينكسر كذلك ، ولا يكون بين السهام والرؤوس موافقة ، فيضرب كل عدد رؤوس من انكسر عليهم السهام فى أصل المسألة ، كزوج وجدة وثلاث أخوات لأم ، أو فى أصلها مع عولها ، كزوج وخمس أخوات لأب وأم أو لأب .

تعدد

فريق ضرب^(١) وفق العدد في الفريضة إن وافق، وإلا^(٢)
 وهي السهام أى مخرج التصحيح
 فالعدد^(٣) في الفريضة فالمبلغ مخرج، وإن تعدد^(٤) الكسر،

وأربعة منها بين الرؤوس والرؤوس، وهي التماثل والتداخل والتوفيق والتباين، وهذه الأصول الأربع لا تأتي إلا فيما إذا كان الكسر على طائفتين. (الطحطاوى والزيلعى مع أدنى تغيير)

(١) قوله: "ضرب" أى إذا انكسر نصيب طائفة من الورثة ينظر بين رؤوسهم وسهامهم، فإن كان بينهما موافقة ضرب وفق عددهم في الفريضة، وهي أصل المسأل، وعولها إن كانت عائلة، فالمبلغ تصحيح المسألة، كجدة وأخت لأم وعشرين أختاً لأب، أصلها من ستة، فللجدة سهم، وكذا الأخت للأم، والأخوات لأب، الرابعة لا تنقسم عليهن، وتوافق رؤوسهن بالربع، فاضرب ربع رؤوسهن، وهو خمسة في أصل المسألة، وهي ستة تبلغ ثلاثين، ومنها تصح. (الزيلعى)

(٢) قوله: "وإلا" إن لم توافق الرؤوس السهام، فاضرب عدد الرؤوس في الفريضة، وهي أصل المسألة، وعولها إن كانت عائلاً، فما بلغ من الضرب فهو التصحيح في المسألتين، أى في المبينة والموافقة، وقد ذكر مثال الموافقة.

ومثال المبينة: زوج وسبع أخوات لأب، أصلها من ستة، ولقول إلى سبعة للزوج النصف ثلاثة، وللأخوات الثلثان أربعة، فلا تنقسم عليهن، ولا توافق، فاضرب رؤوسهن في الفريضة، تبلغ تسعة وأربعين، فمنها تصح. (الزيلعى)

(٣) أى إن لم يوافق العدد على رؤوس السهام.

(٤) قوله: "وإن تعدد" أى إذا انكسر على أكثر من طائفة واحدة، وتماثل أعداد رؤوس المنكسر عليهم، يضرب فريق واحد في أصل المسألة، وعولها إن كانت عائلة، فما بلغ من الضرب، فهو تصحيح المسألة.

مثاله: ست أخوات لأب وأم، وثلاث أخوات لأم، وثلاث جدات، أصلها من ستة، وتعمل إلى سبعة للأخوات لأب وأم الثلثان أربعة، لا تنقسم عليهن، وتوافق بالنصف، فرد رؤوسهن إلى النصف ثلاثة، والأخوات للأم الثلث سهمان، لا ينقسم عليهن، ولا يوافق، وللجدات السدس سهم لا ينقسم عليهن، ولا يوافق، فاجتمع منك ثلاثة أعداد متماثلة، فاضرب واحداً منها في الفريضة، تبلغ أحدًا وعشرين، فمنها تصح.

ولو كان بعض الأعداد متماثلة دون البعض، ضربت رؤوس فريق واحد من المتماثلين في عدد رؤوس الفريق الباقين لهم، أو في وقفه إن وافق، فما بلغ ضربته الفريضة، فما بلغ صحت منه المسألة، مثاله: لو كان عدد الأخوات خمساً مثلاً في المثال المذكور، والمسألة بحالها، ضربت ثلاثة في خمسة، تبلغ خمسة عشر، ثم اضرب خمسة عشر في الفريضة، وهي سبع تبلغ مائة وخمسة، فمنها تصح.

عدد رؤوس المنكسر عليه ضرب بالأكثر
 وتماثل^(١)، ضرب واحد، وإن تداخل^(٢) فالأكثر، وإن
 أى أعداد الرؤوس^(٣) فالتوافق، وإلا فالعدد فى العدد ثم وثم، ثم
 أى يضرب وفق أحدهما فى جميع الآخر
 المبلغ^(٤) فى الفريضة وعولها، وما^(٥) فضل يرد على
 عن فرض ذوى الفروض

ولو ترك تسع أخوات لأب، وتسع أخوات لأم، وخمس عشرة جدة، ضربت التسعة فى خمسة، فما بلغ فى الفريضة فمنها تصح، وعلى هذا لو كان المباين أكثر من طائفة واحدة، تضرب ما بلغ من الضرب الأول فيه، أو فى وفقه، ثم ما بلغ فى الفريضة، فما بلغ فمنه تصح المسألة. مثاله: أربع زوجات وخمس أخوات لأم، وثلاث جدات، وثلاث أخوان لأب، أصلها من اثني عشر، وتعمل إلى سبعة عشر، ولا تتعقد على الكل، ولا توافق عدد الأخوات لأب بماثل الجدات، فيستغنى هو حدها، فتضرب ثلاثة فى أربعة، تبلغ اثني عشر، ثم فى خمسة تبلغ ستين، ثم تضرب التسعين فى الفريضة وهى سبعة عشر تبلغ ألفاً وعشرين، فمنها تصح المسألة. (الزيلعى) (١) عدد رؤوس المنكسر عليهم، أى فريق واحد فى أصل مسألة وعولها إن كانت عائلة.

(٢) قوله: "وإن تداخل" أى وإن تداخل عدد رؤوس المنكسر عليهم، فاضرب أكثر الأعداد، مثاله أربع زوجات وثلاث جدات، واثنى عشر عمًا، أصلها من اثنا عشر، للزوجات الربع ثلاثة، وللجدات السدس سهمان، وللأعمام ما بقى سبعة، ولا موافقة بين الأعداد والسهم، لكن الأعداد متداخلة، فاضرب أكثرها، وهو اثنا عشر فى أصل المسألة، وهو اثنا عشر، يكن مائة وأربع وأربعين، ومنها تصح. (العينى بحذف)

(٣) قوله: "وإن توافق" أى وإن توافق أعداد الرؤوس، فيضرب وفق أحدهما فى جميع الآخر، وإن لم يوافق فيضرب العدد، أى يضرب جميع أحدهما فى جميع الآخر، وقوله: ثم وثم، أى ثم يضرب بما بلغ فى وفق الثالث إن وافق المبلغ الثالث، وإن لم يوافق فيضرب كله فيه. (العينى بحذف)

(٤) قوله: "ثم المبلغ" أى ثم يضرب المبلغ، أى ما بلغ يضرب فى الفريضة، فما بلغ تصح منه، ويضرب فى عولها إن كانت عائلة، مثال الموافقة: أربع زوجات وثمان عشرة أختاً لأم، واثنى عشر جدة وخمس عشرة أختاً لأب، أصلها من اثني عشر، وتعمل إلى سبعة عشر، فللزوجات الربع ثلاثة، لا ينقسم عليهن، ولا يوافق، وللأخوات لأم الثلث أربعة، لا تنقسم عليهن، ويوافق بالنصف، فرد رؤوسهن إلى النصف تسعة، وللجدات السدس سهمان، لا ينقسم عليهن، ويوافق بالنصف، فرد رؤوسهن إلى النصف ستة، وللأخوات لأب الثلثان ثمانية، لا تنقسم عليهن ولا توافق، فبين خمسة عشرة والسته موافقة بالثلث، فاضرب ثلث أحدهما فى جميع الآخر تبلغ ثلاثين، ثم بين الثلاثين، والتسعة موافقة بالثلاث، فاضرب ثلث أحدهما فى جميع الآخر، تبلغ تسعين، ثم بين التسعين والأربعة موافقة بالنصف، فاضرب نصف أحدهما فى

ذوى الفروض بقدر سهمهم إلا على الزوجين، فإن كان من
يردّ عليه جنساً واحداً، فالمسألة من رؤوسهم كبنتين^(١) أو
أختين، وإلا^(٢) فمن سهامهم، فمن اثنتين لو سدسان^(٣)، وثلاثة
كأخوين لأم وجدة
لو ثلث وسدس، وأربعة لو نصف وسدس

جميع الآخر، تبلغ مائة وثمانين، ثم اضرب المائة والثمانين فى الفريضة، وهى سبعة عشر تبلغ
ثلاثة آلاف وستين، فمنها تصح.

ومثال المبينة: خمس أخوات لأب، وثلاث أخوات لأم، وسبعة جدات، وأربع
زوجات، أصلها من اثني عشر، وتعمل إلى سبع عشر، فللأخوات لأب الثلثان ثمانية؛ لا ينقسم
عليهن، لا توافق، والأخوات لأم الثلث أربعة لا ينقسم عليهن، لا يوافق، وللجدات السدس
سهمان لا ينقسم عليهن، ولا يوافق، وللزوجات الربع ثلاثة لا ينقسم عليهن ولا يوافق، فاضرب
أحدهما فى الأخرى تبلغ خمسة عشر، وخمسة عشر لا توافق الأربعة، فاضرب إحداهما فى
الأخرى تبلغ ستين، والستون لا توافق السبعة، فاضرب أحدهما فى الأخرى، تبلغ أربع مائة
وعشرين فى الفريضة، وهى سبع عشر تبلغ سبعة آلاف مائة منها تصح. (العينية)

(٥) قوله: "وما" أى يرد ما فضل من فرض ذوى الفروض إذا لم يكن ثمه عصبية على
ذوى الفروض بقدر سهامهم إلا على الزوجين، فإنهما لا يرد عليهما، وهو قول عامة الصحابة
رضى الله عنهم، وبه أخذ أصحابنا رحمه الله تعالى. (الزيلي)

(١) قوله: "كبتين" لأنهما استويا فى الاستحقاق صار كابنتين أو أخوين، فيجعل المال
بينهما نصفين، وكذا الجدتان لما ذكرنا، والمراد بالأختين أن يكونا من جنس واحد، بأن يكون
كلاهما لأب أو لأم أو الأبوين. (الزيلي)

(٢) قوله: "وإلا" إلى قوله: أو نصف وثلث، أى إن لم يكن من يرد عليه جنساً واحداً،
بأن كان جنسين، أو ثلاثة، تجعل المسألة من سهامهم، فتجعل من اثنتين لو اجتمع سدسان، كجدة
وأخت لأم ومن ثلاثة إذا اجتمع ثلث وسدس، كأخوين لأم وجدة أو أم وأخ لأم أو أم وأخوين
لأم، ومن أربعة إذا اجتمع نصف وسدس، كبنت وبنات ابن، أو أخت لأبوين وأخوات لأب أو
أخت لأب وأخ لأم أو جدة مع واحد من يستحق النصف من الإناث ومن خمسة إذا اجتمع ثلثان
وسدس، كأب أو جدة مع من يستحق الثلثين من الإناث، أو أختين لأب وأخ لأم أو نصف
وسدسان، كبنت وبنات ابن وأم أو جدة وأخت لأم وأخت لأب، أو ثلاث أخوات متفرقات، أو أم
وأخت لأم وأخت لأب، أو نصف وثلث كأب وأخت لأب أو أخوين لأم، وأخت لأبوين أو
لأب. (الزيلي)

(٣) أى لو اجتمع سدسان، كجدة وأخت لأم.

كأَمَ وجدة مع من يستحق الثلثين من الإناث كُتِبَتْ وبنت ابن وأُمَ كَأَمَ وأخت لأب
 وخمسة لو ثلثان وسدس أو نصف وسدسان، أو نصف
 وهو ما إذا كانوا جنسًا واحدًا
 وثلث، ولو مع الأول^(١) من لا يرد عليه أعطِ فرضه من أقل
 أى مخارج الفرض
 مخارجه، ثم اقسم الباقي على من يرد عليه، كزوج وثلاث
 الباقي من فرض من لا يرد عليه الباقي من فرض من يرد عليه
 بنات، وإن لم يستقم^(٢) فإن وافق رؤوسهم فاضرب وفق
 رؤوسهم فى مخرج من لا يرد عليه، كزوج وست بنات،
 أى وإن لم يوافق الباقي رؤوسهم
 وإلا فاضرب كل رؤوسهم فى مخرج فرض من لا يرد عليه،
 المراد الثانى أن تكون طائفتان، أو أكثر
 كزوج وخمس بنات، ولو مع الثانى^(٣) من لا يرد عليه، فقسم
 ما بقى من مخرج فرض من لا يرد عليه على مسألة من يرد

(١) قوله: "ولو مع الأول" أى لو كان مع الأول، وهو ما إذا كانوا جنسًا واحدًا من لا يرد عليه، ولو أحد الزوجين أعطِ فرض من لا يرد عليه من أقل مخارج فرضه، ثم قسم الباقي على رؤوس من يرد عليه إن استقام الباقي عليهم، كزوج وثلاث بنات للزوج الربع، فأعطه من أقل المخارج الربع وهو أربعة، فإذا أخذ رבעه وهو سهم بقى ثلاثة أسهم، استقام على رؤوس البنات. (الزيلعى)

(٢) قوله: "وإن لم يستقم" أى وإن لم ينقسم الباقي بعد فرض من لا يرد عليه على عدد رؤوس من يرد عليه، ينظر، فإن كان بين الباقي من فرض من لا يرد عليه وبين رؤوسهم موافقة، فاضرب وفق رؤوسهم فى مخرج فرض من لا يرد عليه، كزوج وست بنات، فإن بينهما موافقة بالثلث، فرد رؤوسهن إلى ثلاثة اثنين، ثم اضربه فى أربعة، وإن لم يوافق الباقي رؤوسهم، كزوج وخمس بنات، فإنه لا موافقة بين الخمسة والثلاثة، فاضرب جميع رؤوسهن وهو الخمسة فى الأربع، فالبلغ فى الوجهين تصحيح المسألة، فتصح الأول من ثمانية، وفى الوجه الثانى من عشرين؛ لأنك فى الأول ضربت اثنين فى أربعة، وفى الثانى خمسة من أربعة، فبأخذ الزوج فى الأول سهمين، يبقى ستة فلكل واحد من البنات سهم، وبأخذ فى الثانى خمسة، فيقسم الباقي على خمسة، يصيب كل واحدة منهن ثلاثة أسهم. (الزيلعى)

(٣) قوله: "ولو مع الثانى" أى لو كان مع الطائفتين أو أكثر من لا يرد عليه، فاقسم ما بقى... إلخ، وهو سهامهم على ما بين. (الزيلعى)

عليه، كزوجة^(١) وأربع جدات، أو ست أخوات الأم، وإن
 الباقي من فرض من لا يرد عليه سهام من لا يرد عليه أى على مسائلتهم
 لم يستقم^(٢) فاضرب سهام من يرد عليه فى مخرج فرض من
 لا يرد عليه، كأربع زوجات وتسع بنات وست جدات، ثم
 اضرب^(٣) سهام من لا يرد عليه فى مسألة من يرد عليه، وسهام
 من يرد عليه فيما بقى من مخرج من لا يرد عليه، وإن
 البعض أو الكل المسألة فى الطريق المذكورة
 انكسر^(٤) فصحح كما مر.

(١) قوله: "كزوجة" للزوجة الربع، فأعطها من أقل وجه، وهو واحد من أربعة، تبقى
 ثلاثة تنقسم على ثلاثة؛ لأن سهامهن ثلاثة. (الزيلعى)

(٢) قوله: "وإن لم يستقم" إلى قوله: ست جدات، أى وإن لم ينقسم الباقي من فرض
 من لا يرد عليه سهام من يرد عليه، أى على مسائلتهم، فاضرب سهام من يرد عليه من مخرج فرض
 من لا يرد عليه، فما بلغ يخرج منه حق كل واحد من غير كسر، وهذا الضرب بيان مخرج فروض
 الفريقين من أقل عدد يمكن لا للتصحيح، فسهام من يرد عليه فيما مثل به خمسة أربعة للبنات،
 وواحدة للجدات، وما بقى من فرض من لا يرد عليه سبعة، وهو لا ينقسم على خمسة، فاضرب
 الخمسة فى الثمانية تبلغ أربعين، فمنه يخرج سهام كل واحد صحيحاً، فللزوجات الثمن خمسة،
 والباقي لمن يرد عليه. (الزيلعى)

(٣) قوله: "ثم اضرب" هذا البيان طريق معرفته سهام كل فريق من هذا المبلغ، فإذا
 أردت معرفة سهم الزوجات فى المثال الذى ضرب، فاضرب سهاماً فى خمسة، فهو نصيبهن، وإذا
 أردت معرفة نصيب البنات، فاضرب سهامهن من خمسة، وهو أربعة فيما بقى من فرض من لا
 يرد عليه، وهو سبعة تبلغ ثمانية وعشرين، فهو لهن، للجدات سهم مضروب فى سبعة بسبعة.
 وإنما كان الضرب على ما ذكر؛ لأن الخمسة لما ضربت فى الثمانية وجب أن يضرب سهام
 كل فريق من الثمانية فى الخمسة، وسهم الزوجات واحد من الثمانية فى الباقي لمن يرد عليه، وهو
 سبعة، فيضرب فى الخمسة تبلغ خمساً وثلاثين، فصارت السبعة مضروبة فى خمسة بالنسبة إلى
 أصل مسألة من يرد عليه؛ لأن كل من له شئ من الثمانية مضروب فى خمسة، وكذا الخمسة
 مضروبة فى نصيب كل واحد من الثمانية؛ لأن كل عدد كل ضرب فى عدد كل واحد منهم
 مضروباً، ومضروباً فيه، ولهذا غير العبارة بقوله: وسهام من يرد عليه فيما بقى من مخرج فرض
 من لا يرد عليه لا لتغير العمل. (الزيلعى)

(٤) قوله: "إن كسر" أى إذا انكسر على البعض، أو على الكل، فصحح المسألة بالطريق

شروع فی مسائل المناسخة أى بعض الورثة أى قبل قسمة التركة

وإن مات البعض قبل القسمة فصح مسألة الميت الأول، وأعط سهام كل وارث ثم صح مسألة الميت ^{وهو نصيب من الميت الأولى} الثانى، فانظر بين ما فى يده من التصحيح الأول وبين ^{أى التوافق والتباين والاستقامة} التصحيح الثانى ثلاثة أحوال، فإن استقام ما فى يده من التصحيح الأول على التصحيح الثانى، فلا ضرب، وصحّت^(١) من تصحيح الميت الأول.

وإن لم يستقم فإن كانت بينهما^(٢) موافقة، فاضرب وفق التصحيح الثانى فى كل التصحيح الأول، وإن كان بينهم مباينة^(٣) فاضرب كل التصحيح الثانى فى التصحيح الأول، فالمبلغ^(٤) مخرج المسألتين، واضرب سهام ورثة الميت الأول فى المذكورة فى التصحيح؛ لأن السهام إذا لم تقسم على أربابها احتيج إلى التصحيح، وما ذكر فى هذا الباب من الضرب لم يكن إلا لتخرج سهام كل فريق ممن يرد عليه، ومن لا يرد من عدد واحد، كما ذكر فى مخارج السهام لا لتصحيح المسألة عليهم، وقد ذكرنا طريق التصحيح، وطريق معرفة سهام كل فريق وطريق معرفة وسهام كل واحد من أحاد الفريق، فلا نعيده. والمثال الأول الذى ذكره المصنف رحمه الله، وهو زوجة وأربع جدات وست أخوات لأم؛ تصح من ثمانية وأربعين، والمثال الثانى: هو أربع زوجات وتسع بنات وست جدات، فصح من ألف وأربع مائة وأربعين. (الزيلعى)

(١) أى صحة الفريضة الميت الأول والثانى صحت منه للأولى.

(٢) أى بين ما فى يده وهو نصيبه من الأول وبين فريضته وهو التصحيح الثانى.

(٣) أى بين ما فى يده وفريضته وهو التصحيح الثانى.

(٤) قوله: "فالمبلغ" أى ما بلغ من الضرب تصحيح الفريضة الميت الأول وفريضة الميت الثانى، وإنما كان النظر بين ما فى يد الميت الثانى، وهو نصيبه من التصحيح الأول

التصحيح الثانى، أو فى وفقه، وسهام ورثة الميت الثانى فى نصيب^(١) الميت الثانى، أو فى وفقه ويعرف^(٢) حظّ كل فريق من التصحيح بضرب ما لكل من أصل المسألة فيما ضربته فى أصل المسألة، وحظ^(٣) كل^(٤) فرد بنسبة سهام كل فريق من

وبين فريضته فى ثلاثة أحوال من الاستقامة والموافقة والمباينة؛ لأن ما فى يده، وهو نصيبه من الفريضة الأولى مقسوم على فريضة، فصارت فريضة، نظر الرؤوس المقسوم عليهم ونصيبه من الأول نظير نصيبه من أصل المسألة، فكما ينظر بين السهام والرؤوس فى الأحوال الثلاثة فى تصحيح الفريضة، فكذا بينهما، حتى إذا انقسم ما فى يه على فريضته لا حاجة إلى الضرب، كما إذا انقسم نصيب الفريق من أصل المسألة على رؤوسهم.

وإن لم ينقسم فإن وافق يضرب وفق فريضته، وإن لم يوافق يضرب كل الفريضة الثانية فى الفريضة الأولى، كما فى الرؤوس، كذلك إذا عرف ذلك يحتاج إلى بيان طريق معرفته نصيب كل واحد من ورثة الأول والثانى بالطريق المذكور فى التصحيح، وقد بينه فى "المختصر". (الزيلعى)

(١) قوله: "فى نصيب" أى فى نصيبه من الفريضة الأولى، وإن كان فيهم من يرث من الميتين، ضربت نصيبه من الأولى فى الفريضة الثانية، أو فى وفقها، ونصيبه من الثانى ما فى يد الميت الثانى، أو فى وفقه، ولو مات ثالث قبل القسمة فاجعل المبلغ الثانى مقام الأول، والثالث مقام الثانى فى العمل، ولو مات رابع، فاجعل المبلغ الثالث مقام الأولى، والرابع مقام الثانية، وهكذا كلما مات واحد قبل القسمة تقيمه مقام الثانية، والمبلغ الذى قبله مقام الأولى إلى ما لا يتناهى، ولهذا أمثلة كثيرة مسطرة فى علم الفرائض، طوبى ذكرها طلباً للاختصار، واعتماداً على كتب الفرائض المستعملة. (العينى)

(٢) قوله: "ويعرف" أى يعرف نصيب كل فريق من التصحيح بضرب نصيب كل فريق من أصل المسألة فى مبلغ الرؤوس، وهو المضروب فى الفريضة، فما بلغ فهو نصيب ذلك الفريق. (الزيلعى)

(٣) قوله: "وحظ" أى يعرف نصيب كل فرد من أفراد الفريق بأن تنسب سهام جميع الفريق من أصل المسألة إلى عدد رؤوس ذلك الفريق، فما وجد نسبة أعطى لكل أحد من أحاد ذلك الفريق بمثل تلك النسبة من المضروب، فيخرج نصيب كل واحد منهم، ومعنى قوله: مفرداً أن ينسب إلى فريق واحد من غير ضم فريق آخر عند النسبة، وهذه المسألة، والتى قبلها موضعهما باب التصحيح. (الزيلعى)

(٤) من أقر هو الفريق.

أصل المسألة إلى عدد رؤوسهم مفرداً، ثم يعطى بمثل تلك النسبة من المضروب لكل فرد.
أى رؤس ذلك الفريق كل واحد من آحاد الفريق من أفراد الفريق

وإن أردت^(١) قسمة التركة بين الورثة، أو الغرماء،

(١) قوله: "وإن أردت" هذا إذا لم يكن بين التركة والتصحيح ولا بين التركة ولا مجموع الدين موافقة، فمثال الإرث على تقدير عدم الموافقة ما إذا فرض أن جميع التركة خمس وعشرون ديناراً، كان بينها وبين التصحيح الذى هو ثمانية مباينة، فإذا أردت أن تعرف نصيب كل وارث من هذه التركة فاضرب نصيب الزوج من التصحيح، وهى ثلاثة فى كل التركة، يجعل خمسة وسبعون، ثم اقسم هذا المبلغ على التصحيح أعنى ثمانية، يخرج تسعة دنانير وثلاثة أثمان دينار، فهذه نصيب الزوج، واضرب أيضاً نصيب الزوج، واضرب أيضاً وهو واحد من جميع التركة، فيكون الحاصل خمسة وعشرين، فإذا قسمتها على الثمانية، خرج ثلاثة دنانير وثمان دنانير، فهى نصيب الأم، واضرب نصيب كل أخت من التصحيح وهو اثنان فى كل التركة، يحصل خمسون، فإذا قسمت هذا الحاصل على الثمانية، فخرج ستة دنانير وربع دينار، وهو نصيب كل أخت من التركة.

ومثال ما إذا كان بين التركة والتصحيح موافقة: زوج وأم وأختان لأب وأم، أصلها من ستة، وتعول إلى ثمانية، فللزوج منها ثلاثة، ولأم واحد، ولكل من الأختين سهمان، فإن فرض أن جميع التركة خمسون ديناراً، يكون بين التصحيح والتركة موافقة بالنصف، فيضرب سهم الزوج من التصحيح وهو ثلاثة فى وفقه التركة وخمسة وعشرون، يبلغ خمسة وسبعين، ثم تقسم الخمسة والسبعين على موافق التصحيح وهو أربعة، فيكون للزوج من التركة ثمانية عشر ديناراً، وثلاثة أرباع دينار، ويضرب سهم الأم من التصحيح وهو واحد فى خمسة وعشرين، وهو وفق التركة، فيكون خمسة وعشرين، ثم تقسمها على وفق التصحيح، وهو أربعة، فيكون للأم ستة دنانير وربع دينار، ويضرب سهم كل من الأختين وهو سهمان فى وفق التركة، فيبلغ خمسين، ثم تقسمها على وفق التصحيح، وهو أربعة، فيكون لكل واحد من الأختين اثني عشر ديناراً ونصف دينار.

وفى القسمة بين الغرماء اجعل مجموع الديون كالتصحيح، وكل دين من ديون الغرماء كسهم الورث، ثم اعمل العمل المذكور، فإذا كانت للميت غريمان لكل منهما ثلاثة آلاف وستة دنانير، لكل منهم ألفان، وكانت التركة عشرين، كان بين جميع الديون، وذلك خمسة عشر، وبين التركة موافقة نصفية، فتضرب الثلاثة التى كانت لكل من الغريمين فى نصف التركة، وذلك عشرة، تبلغ ثلاثين، وتقسم على نصف الديون، وذلك تسعة، فالخارج وذلك ثلاثة وثلاث نصيب كل منهما، فيكون لكل منهما ستة وثلاثين، ويضرب الاثنان اللذان كانا لكل من الغرماء الستة فى العشر، يبلغ عشرين، ويقسم على التسعة، فالخارج وذلك سهمان وتسعان نصيب كل منهما، فيكون

فاضرب سهام كل وارث من التصحيح في كل التركة، ثم اقسّم المبلغ على التصحيح، ومن صالح من الورثة فاجعله^(١) كأن لم يكن، واقسم ما بقى على سهام من بقى، والحمد لله الذى بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على رسوله محمد خير خلقه وآله أجمعين الطّاهرين.

خاتمة الطبع

للغرماء الستة نثى عشر سهما واثنى عشر تسعاً، وذلك سهم وثلاث سهم، فإذا ضمت ثلاثة عشر وثلاثاً إلى ستة وثلاثين يبلغ عشرين.

وإن كانت التركة تسعة عشر بينهما وبين جميع الديون مباينة، فتضرب ثلاثة كل من الغريمين فى تسع عشر، يبلغ سبع وخمسين، فيقسم على ثمانية عشر، فالخارج وهو ثلاثة أسهم وتسع وتصف تسع لكل منها، فيكون لكليهما ستة أسهم وثلاثة أتساع، وذلك ثلث سهم، فيضرب سهماً كل من الغرماء الستة فى تسعة عشر يبلغ ثمانية وثلاثين، فيقسم على ثمانية عشر، فالخارج وهو سهران وتسع لكل منهم، فللغرماء الستة اثنى عشر، وستة أتساع سهم، وذلك ثلثاه، فإذا ضمت اثنى عشر وثلاثين إلى ستة وثلاث يبلغ تسعة عشر. (المجمع مع زيادة وتغيير)

(١) قوله: "فاجعله" لأن المصالح لما ترك بشيء أعطوه جعل مستوفياً نصيبه، وخرج من البين، فيبقى الباقي مقسوماً على سهامهم، وقوله: فاجعله كأن لم يكن فيه نظر؛ لأنه قبض بدل نصيبه، فكيف يمكن جعله كأن لم يكن، بل يجعل كأنه استوفى نصيبه ولم يستوف الباقيون أنصباؤهم، ألا ترى أن المرأة إذا ماتت وخلفت زوجاً وأما وعماً، فصالح الزوج على ما فى ذمته من المهر، يقسم الباقي من التركة بين الأم والعم أثلاثاً، للأم سهران، وسهم للعم. ولو جعل الزوج كأن لم يكن لكان للأم سهم؛ لأنه الثلث بعد خروج الزوج من البين، وللعم سهران لأنه الباقي بعد الفرض، ولكن تأخذ هى ثلث الكل، وهم سهران من ستة، وللزوج النصف ثلاثة، وقد استوفاه بأخذ بدله، فيبقى السدس وهو سهم للعم.

وكذا لو ماتت المرأة وخلفت ثلاث أخوات متفرقات، وزوجاً، فصالح الأخت لأب وأم، وخرجت من البين، كان الباقي بينهم أخماساً، ثلاثة للزوج، وسهم للأخت لأب، وسهم للأخت لا على ما كان لهم من ثمانية؛ لأن أصلها من ستة، وتعود إلى ثمانية، فإذا استوفت الأخت نصيبها وهو ثلاثة بقى خمسة، ولو ماتت كأنها لم تكن لكانت من ستة، وبقي سهم

فهرس الجزء الثاني

٣	كتاب البيوع
٩	فصل
١٢	باب خيار الشرط
١٨	باب خيار الرؤية
٢١	باب خيار العيب
٣٠	باب البيع الفاسد
٤٠	فصل
٤٢	فصل
٤٤	باب الإقالة
٤٦	باب التولية والمراوحة
٥٠	فصل
٥٣	باب الربا
٥٨	باب الحقوق
٥٩	باب الاستحقاق
٦١	فصل
٦٣	باب السلم
٧١	باب المتفرقات
٧٨	كتاب الصرف

٨٦	كتاب الكفالة
٩٧	فصل
١٠١	باب كفالة الرجلين والعبد وعنه
١٠٥	كتاب الحوالة
١٠٨	كتاب القضاء
١١٤	فصل
١١٦	باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره
١٢٢	باب التحكيم
١٢٣	مسائل شتى
١٣١	كتاب الشهادة
١٣٧	باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل
١٤٣	باب الاختلاف فى الشهادة
١٤٨	باب الشهادة على الشهادة
١٥١	باب الرجوع عن الشهادة
١٥٦	كتاب الوكالة
١٥٩	باب الوكالة بالبيع والشراء
١٦٦	فصل
١٧٠	باب الوكالة بالخصومة والقبض
١٧٤	باب عزل الوكيل
١٧٦	كتاب الدعوى
١٨٥	باب التحالف
١٩٠	فصل
١٩٢	باب ما يدعيه الرجلان
١٩٨	باب دعوى النسب
٢٠٣	كتاب الإقرار

٢١٠	باب الاستثناء وما فى معناه
٢١٥	باب إقرار المريض
٢٢٠	كتاب الصلح
٢٢٣	فصل
٢٢٧	باب الصلح فى الدين
٢٢٨	فصل
٢٣٢	كتاب المضاربة
٢٣٨	باب المضارب يضارب
٢٤٣	فصل
٢٤٩	كتاب الودیعة
٢٥٥	كتاب العارية
٢٦١	كتاب الهبة
٢٦٥	باب الرجوع فى الهبة
٢٧٠	فصل
٢٧٤	كتاب الإجارة
٢٧٩	باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافاً فيها
٢٨٥	باب الإجارة الفاسدة
٢٩٥	باب ضمان الأجير
٢٩٨	باب الأجرة على أحد الشرطين
٢٩٩	باب إجارة العبد
٣٠٢	باب فسخ الإجارة
٣٠٤	مسائل متفرقة
٣٠٨	كتاب المكاتب
٣١٢	باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله أو لا يفعله
٣١٧	فصل

٣٢١	باب كتابة العبد المشترك
٣٢٤	باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى
٣٣٠	كتاب الولاء
٣٣٥	فصل
٣٣٨	كتاب الإكراه
٣٤٥	كتاب الحجر
٣٥١	فصل فى حد البلوغ
٣٥٣	كتاب المأذون
٣٦٥	كتاب الغصب
٣٧١	فصل
٣٧٦	كتاب الشفعة
٣٧٩	باب طلب الشفعة والخصومة فيها
٣٨٧	باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب
٣٩٠	باب ما تبطل به الشفعة
٣٩٦	كتاب القسمة
٤٠٨	كتاب المزارعة
٤١٤	كتاب المساقاة
٤١٦	كتاب الذبائح
٤٢١	فصل فيما يحل أكله وما لا يحل
٤٢٥	كتاب الأضحية
٤٣١	كتاب الكراهية
٤٣١	فصل فى الأكل والشرب
٤٣٥	فصل فى اللبس
٤٣٨	فصل فى النظر واللمس
٤٤٢	فصل فى الاستبراء وغيره

٤٤٤	فصل فى البيع والاحتكار والإجارة وغيرها
٤٥٢	كتاب إحياء الموات
٤٥٥	فصل فى الشرب
٤٦٠	كتاب الأشربة
٤٦٥	كتاب الصيد
٤٧٢	كتاب الرهن
٤٧٦	باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز
	باب التصرف فى الرهن والجناية عليه
٤٨٥	وجنائه على غيره
٤٩١	فصل
٤٩٥	كتاب الجنائيات
٤٩٩	باب ما يوجب القصاص وما لا يوجب
٥٠٨	باب القصاص فيما دون النفس
٥١٠	فصل
٥١٤	فصل
٥١٨	باب الشهادة فى القتل
٥٢١	باب فى اعتبار حالة القتل
٥٢٣	كتاب الديات
٥٢٦	فصل
٥٢٩	فصل فى الشجاج
٥٣٥	باب فى الجنين
٥٣٧	باب ما يحدث الرجل فى الطريق
٥٣٩	فصل فى الحائط المائل
٥٤١	باب جناية البهيمة والجناية عليها وغير ذلك
٥٤٥	باب جناية المملوك والجناية عليه

٥٥١	فصل
	باب غصب العبد والمدبر والصبي
٥٥٥	والجناية في ذلك
٥٥٩	باب القسامة
٥٦٥	كتاب المعاقل
٥٦٨	كتاب الوصايا
٥٧٢	باب الوصية بثلث المال ونحوه
٥٨٦	باب الوصية للأقارب وغيرهم
٥٨٩	باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة
٥٩١	باب وصية الذمي
٥٩٣	باب الوصى
٥٩٩	فصل في الشهادة
٦٠١	كتاب الخشنى
٦٠٣	مسائل شتى
٦٢٢	كتاب الفرائض

نبذة من منشورات إدارة القرآن كراتشي

أبو حنيفة وأصحابه المحدثون	علامة ظفر أحمد عثمانی .
إرشاد الساري في المناسك	لملا علي قاري .
أحكام القرآن تهانوي ۱-۵	لظفر أحمد العثماني .
الأشباه والنظائر ۱-۲ محقق	لابن الملكن .
الأشباه والنظائر مع شرح الحموي ۱-۳	لابن النجيم .
إعلاء السنن جزء ۱-۱۸ ج مع فهارس	لظفر أحمد العثماني .
إعلاء السنن (متن) ۱-۲	لظفر أحمد العثماني .
أنوار المحمود في حل أبي داود ۱-۲	للمجنجوهي .
الأقصى عبر التاريخ ومسؤوليتنا تجاهه	زاهد شاه .
التجنيس (في الفقه والفتوى) ۱-۲	للمرغيناني .
تسهيل القطبي تصحيح وإضافة	محمد أنور بدخشاني .
تبييض الصحيفة بمناقب إمام أبو حنيفة	للسيوطي .
تفسير المظهری طبع أول كمبيوتر ۱-۱۰	باني بتي .
التسهيل الضروري لمسائل القدوري ۱-۲	عاشق إلهي .
التفسيرات الأحمديّة في بيان الآيات الشرعية	ملاجيون .
جامع أحاديث الأحكام، متن أعلاء السنن ۱-۲	لظفر أحمد العثماني .
جمع الفوائد من جامع الأصول ومجمع الزوائد	محمد سليمان مغربي .
الجامع الصغير مع شرحه النافع الكبير	للشيباني .
درهم الصرة بوضع اليدين تحت السرة	مخدوم هاشم .
الديباج شرح صحيح مسلم ۱-۲	للسيوطي .
الرد على سير الأوزاعي	لأبي يوسف .
شرح الزيادات لقاضي خان ۱-۶	دكتور قاسم أشرف .
شرح الحموي على الأشباه والنظائر ۱-۳	لابن نجيم .
شرح الطيبي على المشكوة ۱-۱۲ فهارس	للطيبي .

نبذة من منشورات إدارة القرآن كراتشي

- | | |
|---|--|
| <p>ظفر أحمد العثماني .</p> <p>هاشم سندهي .</p> <p>للنسفي .</p> <p>للجنجوهي .</p> <p>للمرغيناني .</p> <p>للكشميري .</p> <p>للكهنوي .</p> <p>للكهنوي .</p> <p>للقدوري .</p> <p>ابن مازہ البخاري .</p> <p>للكشميري .</p> <p>للدكتور حارثي .</p> <p>لملا علي القاري .</p> <p>للمصنعاني .</p> <p>لابن ابن شيبه .</p> <p>ظفر أحمد العثماني .</p> <p>للعثماني .</p> <p>لحسن الشافعي .</p> <p>للكوثري .</p> <p>للعيني .</p> <p>للمرغيناني .</p> <p>للمرغيناني .</p> | <p>كشف الدجى عن وجه الربا</p> <p>كشف الرين في مسألة رفع اليدين</p> <p>كنز الدقائق مع حاشية الشيخ إعزاز علي</p> <p>الكوكب الدرّي على جامع الترمذي ١-٤</p> <p>كتاب التجنيس (فتاوى صاحب الهداية) ١-٦</p> <p>مجموعة رسائل كشميري ١-٤</p> <p>مجموعة رسائل عبد الحثي لكهنوي ١-٦</p> <p>مجموعة الخطب اللكنوية (خطابات الجمعة والعيدین)</p> <p>مختصر القدوري مع حاشية معتصر الضروري</p> <p>المحيط البرهاني الموسوعة الفقهية ١-٢٥</p> <p>مشكلات القرآن مع مقدمة الشيخ يوسف البنوري</p> <p>مكانة الإمام أبي حنيفة بين المحدثين</p> <p>مناسك ملا علي قاري مع إرشاد الساري</p> <p>مصنف عبد الرزاق ١-١٢</p> <p>مصنف ابن أبي شيبة ١-١٦</p> <p>جامع أحاديث الأحكام متن أعلاء السنن ١-٢</p> <p>مجموعة رسائل مفتي محمد شفيع</p> <p>المدخل إلى دراسة علم الكلام</p> <p>النكت الطريفة في التحدث عن ردود ابن أبي شيبة</p> <p>نخب الأفكار في تنقيح مباني الأخبار ١-٢</p> <p>الهداية مع حاشية عبد الحثي لكهنوي ١-٤</p> <p>الهداية حاشية عبد الحثي لكهنوي ١-٨ جلد</p> |
|---|--|

نبذة من منشورات إدارة القرآن كراتشي

شرح العيني على الكنز مع شرح الطائي ١-٢	للعيني .
شرح مقامات الحريري	للشريشي .
شرح النقاية ١-٣	لملا علي قاري .
شرح المنار في أصول الفقه (نسمات الأسحار)	لابن عابدين الشامي .
العقائد الوثنية في الديانة النصرانية	طاهر تنير .
عنوان الشرف الوافي في النحو والتاريخ والعروض	لابن المقري .
غنية الناسك في بغية المناسك طبعة جديدة	حسن شاه مكي
الفتاوى التاتارخانية ١-٥	أندربتي .
فتح الغفار معجم رد المحتار (فهرس فتاوى شامي)	طاهر شاه .
فقه المشكلات (بحوث فقهية مختارة)	مجاهد الإسلام .
الفقه الحنفي وأدلته (من القرآن والحديث) ١-٣	دكتور سعيد صاغرجي .
الفهرس الموضوعي لآيات القرآن الكريم	مصطفى محمد .
الفوائد البهية في تراجم الحنفية (طبعة جديدة)	عبد الحني لكنوي
فوائد في علوم الفقه	حبيب كيرانوي
فهارس إعلاء السنن (الفهارس الموضوعية)	ظفر أحمد العثماني .
فيض الباري لحل صحيح البخاري ١-٤	كشميري .
قواعد في علوم الحديث	ظفر أحمد العثماني .
قنية المنية لتتميم الغنية	مختار زاهدي .
كتاب السير والخراج والعشر	للشيباني .
كتاب السير الصغير	للشيباني
كتاب الآثار مع الإيثار	ابن حجر .
كتاب الديات	عاصم ضحاك .
كشف الحقائق شرح كنز الدقائق ١-٢ جلد	الأفغاني .

المحيط البرهاني

لمسائل المبسوط والجامعين والسير والزيادات والنوادر
والفتاوى والواقعات مدللة بدلائل المتقدمين رحمهم الله
تأليف

الإمام برهان الدين أبي المعالي محمد بن فضال الشافعي ابن قازان البخاري
رحمه الله تعالى ٥٥١ هـ / ٦١٦ هـ

نُظِمَ

الدكتور
بشائر عوان معروف

فضيلة الشيخ
محمد تقي العثماني

اعتنى بإخراجه ونقحه
نعيم أشرف نور أحمد
مجلد رخی مرس والعشرون

الناشر

المجلس العلمي
كراتشي، باكستان



إدارة القرآن
والعلوم الإسلامية

الفنکائی

الشیخ الشافعی خانپور

للعلماء عالم بن العلماء الانصاري الاندلسي
الدهلوي الهندي

(المتوفى ٧٨٦هـ)

قام بتحقيقه القاضي سجاد حسين
رئيس المكتبة العالمية
جامع فتحپوري دهلي الهند

الجزء الثالث

منشورات

إدارة النشر والعلوم الإسلامية
أشرف منزل د/٤٣٧، كاردن ایت، کراچی، پاکستان

